

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري روملي وهي
تكملة لفتح القدير للمحقق الكمال بن
الهامام على شرح الهداية
رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابر في
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المقتي الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

وتبينه قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة وبلية
الثاني مقصود ولا يثبت ما يجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبلية الثاني فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بحوار المسجد الحسيني بمصر)

﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٨

هجريه

(بالقسم الثاني)

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب
الشفعة لان كلامهما
من نتائج النصيب الشائع
فان أحد الشريرين اذا
أراد الافتراق مع بقاء
ملكه طلب القسمة ومع
عدمه باع ووجب عنده
الشفعة وقدم الشفعة لان
بقاها كان على ما كان
أصل وهي في اللغة اسم
للاقتسام كالقدوة للاقتداء
وفي الشريعة جمع النصيب
الشائع في مكان معين
وسببها طلب أحد الشركاء
الانتفاع بنصيبه على
الخلوص وركنها ما يحصل
به الافتراز والتبميز بين
النصيبين كالكيل في
المكيات والوزن في
المسوزونات والذرع في
المسذروعات والعبد في
المعدودات وشرطها أن
لا تفوت منفعتها بالقسمة

ولهذا لا يقسم الحائط والحمام
ونحوهما وهي مشروعة
في الاعيان المشتركة لان
النبي عليه الصلاة والسلام
بأشرفها في المغانم والموارث
وغير ذلك وجرى التوارث
بها من غير تكبير ثم هي
لا تعرى عن معنى المبادلة
سواء كانت في ذوات الامثال
أو في غير ذوات الامثال لان
ما يجتمع لاحدهما بعضه
كانه

كتاب القسمة

(قوله وقدم الشفعة الخ)
ما كان على ما كان أصل)

ومن يتوكل على الله
فهو حبيب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام بأشرفها في المغانم والموارث وجرى
التوارث بها من غير تكبير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كانه

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلامهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة
الشركة بأحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب
عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة
نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنبي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة
المضادة والمتضادة ان يفترقا أن أبا مع تقدم المثلث على المنقضي كافي الامر والتمهي والنكاح والطلاق انتهى
أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يقتضي على أصل الشافعي فانه لم
يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم يجوزوا الشفعة
بالجوار أيضا واستدلوا عليه بالحديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

وبعضه

أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاءه)

أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بعد القسمة وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعناءه في الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرفت الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكّل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين علمه الصلاة والسلام هدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فيما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النقي يقتضي سبق الثبوت يناه في ما تقرر في المعتولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين ينفردان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ومنحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره هو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها الشروع على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها ملك أحد الشريرين في البعض على حاله وان زال الشروع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للانقسام كالقدرة للاقتداء والاسوة للاتباع وفي الشرعية جمع النصيب الشائع في مكان معين وسيبها طلب أحد الشريرين الاتفاح بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدي في المعدودات وشرطها أن لا تفرق المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعري عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا هو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفد من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكيف يكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزلة بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افرازا لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعناءه في الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرفت الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكّل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين علمه الصلاة والسلام هدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فيما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النقي يقتضي سبق الثبوت يناه في ما تقرر في المعتولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين ينفردان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ومنحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره هو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها الشروع على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها ملك أحد الشريرين في البعض على حاله وان زال الشروع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للانقسام كالقدرة للاقتداء والاسوة للاتباع وفي الشرعية جمع النصيب الشائع في مكان معين وسيبها طلب أحد الشريرين الاتفاح بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدي في المعدودات وشرطها أن لا تفرق المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرا بجهة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعري عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا هو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفد من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكيف يكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزلة بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افرازا لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

في ذلك

الأنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن أبن ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما دعوه فاطبة بخلاف ما قالوا
في ذوات الامثال كالكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين
حقه ليكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كافي الفرض
فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سيان فيه لكان
الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهري في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذو صاحب النهاية
وجهها أبسط مما ذكر في العناية اظهر معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناعلا عن المعنى حيث قال ومعنى
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المعنى وغيره فقال في المعنى وأما القسمة في غير
ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجع لانهم افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على
صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين
فالافراز مع المبادلة اتوا في الحكم ثم ترجعت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يبدل على تحقيق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه
كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقيق رجحان ذلك
في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمعنى رجحان
المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما ما نصيب صاحبه أخذ المثل لما ترك على صاحبه من حق
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افراز كما صرح به في الوجه المذكور كان
معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجعا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كتحقيقه
(قوله الانهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الابن على القسمة في غير ذوات
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أراد بقوله لان فيه معنى الافراز ان فيه
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء عين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ
يبقى الكلام - فينتد في الاجاز على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على
ما قالوا وان أراد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وبأخذه عوضا عما
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو السلام لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقيق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي
بأخذه أحد الشركاء عين حقه وإذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الانهم اذا كانت
من جنس واحد أجبر
القاضي على القسمة عند
طلب أحد الشركاء لان
فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد ولا منافاة بين
الجبر

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقيم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فاشبهه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر) معناه أجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وبقدرا أجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهر اجدا فاني تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لاحالة لقوله لتعذر المعادلة في تامل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتي تبصره (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها يجري فيها الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والادون تقضى بأمثاله على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون يقسم وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق يقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحدنا شر كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما) للقاضي أن ينصب قاسما) كلامه واضح الامتناع عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى وصل اليه أجر عمله على كل حال لا يعمل بأخذ الرشوة الى البعض

فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بدلا قصدا اليه أولى وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلو دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الا على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما) للقاضي أن ينصب قاسما) كلامه واضح الامتناع عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى وصل اليه أجر عمله على كل حال لا يعمل بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد التهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه أو يأخذ على ذلك من المتقاهين أجزالكن الأولى أن لا يأخذ وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآتي على القسمة لأن لها شهراً بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء فإن الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث أنهم ليست بقضاء جازاً أخذ الاجر عليها ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلاً أمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلموها فاقسموا) يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقسموها بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كافي سائر المعاوضات وقوله (كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجروا الكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم (٦) فالأجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر

مقابل بالتميز ولانه لا يتفاوت) لتحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومذا الطناب والمشي على الحدود ولانه لو استعان في ذلك بآرباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الأجرة في مقابل القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقله الانصباء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تميز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فتمتدرا اعتبار الكثرة والقلّة فيعلق الحكم بأصل التميز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل ينقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكبلاً أو موزوناً وأمر الناس بان يكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر

(ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلموها فاقسموا) جازاً اذا كان فيهم صغير فمحتاج الى أمر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أي حنيفة وقال على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك في تقدير قدره كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا يـ حنيفة أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد انعكس الامر فتمتدرا اعتباره فيعلق الحكم بأصل التميز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل ينقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزان ان كان للقسمة قل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً قال ذلك البعض لم يقبل عدلاً أمونا عالمياً كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بنام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة المراد منها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما يراد في الامانة حتى يستغنى بذلك عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة بخلاف الظاهر لان فهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهراً العدالة بدل قوله عدلاً لالحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراده هو الشرح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لاني مجال افادة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيل بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيدياً وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعلق الحكم بأصل التميز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعلق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليست أملاً ولكن يمكن جعل التميز حكماً كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقار أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكنوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لثمة في دعواه أو لما نزاع للمدعى في دعواه ولا شيء من ذلك بمحقق لان السد دليل الملك والافرار أمانة الصدق والقرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البيينة ليس بال لازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا تنفيذ الا أنه يذكروا في كتاب القسمة أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولا إلى

حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل القسمة بمقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كانه أوصى بها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للوصي له فدل أن التركة بمقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البيينة وقوله وهو مفيد جواب عن قوله ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الجاهرين مدعى أو الآخر مدعى عليه فان قيل كل منهم مقرر بدعوى صاحبه والمقرر لا يصلح خصما للمدعى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوي العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن السد دليل الملك والافرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بيينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يذكروا في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة آخره مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البيينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو الآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى بالخصم مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه اما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيل مقصودهم فترفع الجهة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة قال القاضي يسمع البيينة ويقسم الدار ويجعل أحدا الحاضرين مدعى والآخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلحا لان يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر مدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعى أو مدعى عليه من حيثين مختلفتين وتطير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تشوهم الجهة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن توقف استماع القاضي البيينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه أجب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بطوا اجتماع الافرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقرر بالدين (قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول سحقي المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البيينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو الآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى يحصل مقصودهم

فانه انما يفتى عليه ما بالينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غير يدينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما ما يكفي المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان في القسمة نظر الخ (٨) والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار فمحض بنفقه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقرؤا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاهار جلال وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنهما لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما قيل هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب النسخة بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير أرض ادعاهار جلال وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنهما لهما) لاحتمال أن تكون لغيرهما قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتريا فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لكهما فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لكهما غير مفيد هنا بل هو محلي بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يدهما لكهما يرجح كون ما في أيديهما ملكا لهما فما فينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجهه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعتراض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتريا يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استمداد القول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لكهما لاخلاله بالفرق بين الروايتين كأنه ناعليه آتفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لانه لا يثبتون أيديهم ما عني أن ما في ملك لهما ما يكون سبب عدم قهرهما مال كونه ملكا لهما هو الاعتماد على دالة ذلك

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الاصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجهه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون

ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتريا فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لكهما فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لا تم ما يقسمان في الميراث بلاينة ففي هذا أولى

(قوله فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا لغير) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تنقسم الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب) (٩) قسمها القاضي بطلب الحاضر بن

وينصب للغائب وكبلا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح في أيديهما لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقريضة قوله وارثان واقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظر للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولابد من اقامة البينة في هذه الصورة) يعني فيما اذا كان معه ماضي (عند أي حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعتبارهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقسم الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن وينصب وكبلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافا حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فان نصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بمحضرة المختصين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضع الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير)

عليه فقدر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقسم الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني ان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تنقسم الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا يجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق انه يجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق وبقتضي ايضا أن لا يجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لا تنقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قولهما كما ثبت عليه اتفاقا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما أي لم يدعيا الملك ولم يتعرض له أصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعياهم في أيديهم واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعواهما كصريح الملك فافتقرنا حينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيه مما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا البتداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والبتداء ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم يتازعه غيره اذا الاصل أن الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا البتداء عرضا عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه فلا يقبل قوله ما لانهما طالبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما استكثروا عنه دل على أن الملك ليس لهما فافتأ كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

(٣ - تكملة ثامن) اقاما البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان لا دليل للملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البتداء لا تصلح للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الميراث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يدكر إقامة البينة وقوله (هو الصحيح) اخترازا عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محاصما ومخاصما) فال حاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي ظاهرا

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما﴾ (١٠)

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يتحقق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محاصما ومخاصما وكذا أمناهما ولو مخاصما بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلته نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر بطله والثاني تمت في طلبه فلم يعتبر ذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الأضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإقرار لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه انما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو بصيراقل منها فلا ينشئ فيها ذلك التعليل إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إقامتها كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه عما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السرفي عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فإن هذا القيد في وضعهما من زيادة صاحب الهداية كائنص عليه في غاية البيان فتأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرعا في بيانها

القسمة وبأي صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل قول الحصص دليل الجانب الآخر

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضع الفرق) أقول وفي صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت وينت حق الغائب على طريق التبع

فصل ﴿فما يقسم وما لا يقسم﴾ (قوله وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة ولا يظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وأما صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وأما صاحب القليل

(والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدروري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما يتناصغرا (يستضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما بقصد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض اعدام الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (و يقسم القاضي كل مكمل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة (١١) من أصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر

والطشت المتخذة من صفر ملحقه بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من الفطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والحبّة والقمص (و يقسم الثياب الهروية لا اتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اطلاق جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا توين اذا اختلفت قيمتهما ما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (و يقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس بقصد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (و يقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعدود والمتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبردونا وجارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (و يقسم الثياب الهروية) لا اتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تحقق الا بالقطع (ولا توين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة اواب اذا جعل ثوب بشو بين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملزمة وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومغراج الدراية وهو المذكور في الخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال الا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب الجميع القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سأل في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكرنا في وجه احصية المذكور في الكتاب أولا وبين

والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة اواب اذا جعل ثوب بشو بين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما و يعطى أحدهما ثوبا والاخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبين وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك في البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضي

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول بخالف لما في شرح الكيتالري لم ي (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعديله لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخفى لو أمان أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والخيول ولا يكون فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعاً على الأظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً له في القسمة وقد ثبت الحكم لشيء تبعاً وإن لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم الأبرصاء ما وإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبره ما على ذلك وقال صاحباً ما يجبره ما على القسمة لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم ولا في حنيفة أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للإمانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتتبع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر (١٢)

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكور والإناث من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لأن حق الغنم في المبالغة حتى كان للإمام بيعها وقسمة غناها وتعلق بالعين والمبالغة جميعاً فاستقر وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كالألبان والبواقي وقيل لا يقسم البكر منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أخش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو باقوة أو خالع عليها لاتصح القسمة ويصح ذلك على عبد فإولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح الابتراضى الشراكة وكذا الحائط بين الدارين) لأنهم اشتملوا على الضرر في العارفين إلا يبق كل نصيب منتفع به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بيننا قال

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغنم) جواب عن قوله ما ورقيق الغنم وذلك (لأن حق الغنم في المبالغة حتى كان للإمام بيعها وقسمة غناها وتعلق بالعين والمبالغة فاستقر) فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا ينفع في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج إليه (قوله) وأما الجواهر (الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح)

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله) ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح الابتراضى الشراكة قال صاحب العناية والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبق نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعاً بذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي انتهى أقول تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد إذ قد تقرّر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستنصر بنصيبه فله أن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب وطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الحصص وطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقدير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء كما يجعل ذلك مداراً لعدم الجبر

والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبق نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعاً بذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي ومن المشايخ من قال إن القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لا ينصب متفلاً لكن لو اقسما لم ينعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسما الابتراضى

(وإذا)

(قوله ولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

(قوله ولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

(قوله وإذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده فسمه واحدة بالارض والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض قسمت فسمه واحدة والافلاسواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فليشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم فسمه واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد وليشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم فسمه واحدة وهما في الفصول كلها يؤولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسم على ذلك وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣) أو دار وحائط الخ) واضح الاما نذكره

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالخافوت) أي بمنافع الخافوت لانه لو جعل نفس الخافوت اجرة لمنافع الدار صرح وقوله (أوتبني حرمة الربا هناك) أي في اجارات الأصل (على شبهة المجانسة) يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الخافوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والخافوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندها كما تقدم يحرم النساء عندها كما تقدم

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة قسم كل دار على حدة في قول أبي حنيفة وقالان كان الأصل لهم فسمه بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الا فرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسماء وصورة وتظهر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار لا معنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القضية ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا التوزيع على دار لانصح التسمية كما هو الحكم فيها في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في فسمه كل بيت على حدة ضررا فسمت الدار فسمه واحدة قال رضي الله عنه في تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسم عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم فسمه واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمناجسة كاللور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شهما من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحائط قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والخافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الأصل ان اجارة منافع الدار بالخافوت لا يجوز وهذا يدل على أنها جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

في القسم (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحائط قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والخافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الأصل ان اجارة منافع الدار بالخافوت لا يجوز وهذا يدل على أنها جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والتشبيه هي المعبرة دون التنازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندها كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة والمعتبر

وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون التنازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة به لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا يجوز القسم الواحدة واتحاد الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتجتمع الاجارة لشبهة الربا

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعني في جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعني انها متحد الجنس نظرا الى أصل السكنى فبني حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسم فليستأمل

فصل في كيفية القسمة ✽ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلا تانصيه كذا ولا تانصيه كذا يمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغدة (١٤)

الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (وبعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروي بعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) حاجته اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمها أولافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن يتظر في ذلك الى أقل الانصاف حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سداسا جعلها أسداسا تمكن القسمة وقد شرعناه مشيعا على كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويقرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الانصاف فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة قد دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومثله اجازات الاصل بقوله أو تنفي حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجازات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والخانوة في الجنس ومدار مسئلة التنافي على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجازات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كلف المراد للجنس واحد على طريق التشبيه البالغ بخذف أدان التشبيه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كالأجتنى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبني حرمة الربا عليه ومختلفا في نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد به هنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذا حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة في قول بنا حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا في بناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل أهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانقادهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة ✽ قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (وبعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروي بعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) حاجته اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمها أولافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن يتظر في ذلك الى أقل الانصاف حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سداسا جعلها أسداسا تمكن القسمة وقد شرعناه مشيعا على كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويقرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الانصاف فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة قد دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومثله اجازات الاصل بقوله أو تنفي حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجازات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والخانوة في الجنس ومدار مسئلة التنافي على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجازات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كلف المراد للجنس واحد على طريق التشبيه البالغ بخذف أدان التشبيه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كالأجتنى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبني حرمة الربا عليه ومختلفا في نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد به هنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذا حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة في قول بنا حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا في بناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل أهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانقادهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلاف الجنس انتهى

والقرعة

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

فصل في كيفية القسمة ✽ (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصوير ما يقسم كالأجتنى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس بأبائها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قارول هذا لم يجوز علماءنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة وان كنناها هنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما لا أثر عما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي حمة الميل عن نفسه وذلك جائز لا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكونه خالها عند تطيبها لقلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أدبهم عقار طمبو اقسيمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما بين الشركاء ولا ينفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العنار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه لرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الأرض تقسم بالمساحة لانها (١٥) الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فقد دخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم عليك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه فان لم تف العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك لان الضرورة تخفف في هذا القدر فلا يترك الأصل الا لهما هذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

والقرعة لتطيب القلوب واذا حتمه الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراره جاز لانه في معنى القضاء فيملك الارام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولا ينفوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلمه (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فقد دخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم عليك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لثني العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل الا بها وهذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطيب القلوب واذا حتمه الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس بأبائها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماءنا استعمالها

فلا يجعل لاحده ما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولا حدهما مسيل الماء في نصب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) وبسبب (في نصب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان سرت بخلاف البيع فانها اذا اشترطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى القمار (قوله لا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن يقال ألا يرى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول لتعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذلك الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريق نوع تأمل

(وان لم يمكن) فلما أن يشترط ذلك في القسمة أو لا فإن كان الثاني (فصحت القسمة لاحتتملة لما فيه من الضرر ببقاء الاختلاط قد ستأنف وهذا بخلاف البيع) فإنه إذا باع داراً أو أرضاً ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسهيل الماء لم تذكر الحقوق فإنه لا يفسد لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لا تنقاع في الحال) كالأشترى بحشا صغيراً (وأما القسمة فانه التكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق) وان كان الأول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلاً وافرازاً والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل (١٦) وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي

الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالاً للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا باذخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن اقسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقاً مشتركاً كابن تيمية نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع بخطر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحائز غير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقين جماعتهم لتحقيق تكميل المنفعة فبما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة

(وان لم يمكن فصحت القسمة) لان القسمة محتتملة لبقاء الاختلاط قد ستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لا تنقاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيه لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا باذخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحائز من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقين جماعتهم) لتحقيق تكميل المنفعة فبما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فبما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم أثلاً ناجزاً وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقه ولا يكتفى كما القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبر منكر وليس هذا في معنى القرار لان أصل الاستحقاق في القرار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيماً الا أنه بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيق قلوب الشركاء وفي تمة المسيل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن نونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحفين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء بما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكر يا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالته أعنده تطيب القلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطيب القلوب من انتهى كلامهم وعزافي النهاية ومعراج الدرابة هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الطريق أكبر من عرض الباب الا عظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانياً على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانياً على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضاً فرفع من الطريق بمقدار ما عرقه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما عرقه ثوران معاوناً ان كان محتاجاً الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجالة فيؤدى الى ما لا ينال كذا في النهاية وباقى كلامه واضح

لأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من حفر البئر واتخاذ
السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع سفلى بذراعين من علو
وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلاف المشايخ بأن
مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر
والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من
ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار
السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة
أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة
السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال
بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة
رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو
بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس
(قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله
اختلاف عادة أهل عصر

نحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذرع لا في القيمة
فيصار اليه ما أمكن والمرامى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل
السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفلى
تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فإنه يجوز القسمة على وفق
تراضيهم ما على شيء معين كمنها كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة
عند أبي حنيفة وعند تراضي الشراكه فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضاً كما صرحوا به
قاطبة وان أريد بالتراضي المذكور تراضيهم ما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم وإن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيها على القسمة
ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئاً لأنهما إنما تراضيها حينئذ على القسمة
المعادلة فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم
امكان التعديل في قسمة واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز مجرد
تراضيهم ما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي قارق بين صدور التصريح
بالتراضي على ذلك المعنى منهم ما وعدم صدوره فامعنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل
(قوله نحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يراد على قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح
له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندي في موضع بكر فيه الندي واستنشاق
الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفلى
على العلون مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف
تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلاً يقتضي المصير الى القسمة
بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سأتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلاف المشايخ
بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس
من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل
بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره دخل حيث قال أو
العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلون مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى
مطلقاً وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلون مطلقاً
كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد
وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى والله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا ييوسف رجه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده رجه الله أن المنفعة تختلف باختلاف (١٩) الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى فتلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل في مقابلة مثله من السفلى ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله ستة وستون وثلاثين من السفلى بمقابلة مثله من السفلى المجرد ستة وستون وثلاثين من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين ونلت ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة ونفسير قول أبي يوسف رجه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رجه الله وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفلى فتلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث لان نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بأزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد مائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمئة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها علو

تفصيل السفلى على العلو واستوائهما وتفصيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب المحرر في افادة عين المذهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراعاة ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفلى بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذنبك القولين معا فلان تأثير الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاهما على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق الضرر أن يقال ان أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفظ المتدبر في المقام (قوله والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث لان نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفلى المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفلى (قال المصنف والسفلى المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفلى المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال به ضمهم بعض نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا
وكأنه مال الى قول الخصاص فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره
قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعي وذكر
الخصاص قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما
فلا تقبل كن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه
لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوى اذا قسما بأجر لا تقبل الشهاد بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان
إيفاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما
لا يجبران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغفلا لتناق الخصوص على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو
التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانفتحت التهمة (ولو شهد فاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينة بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن
نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسح القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الاجماع

قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية
خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلوم مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله
ويجعل بمقابلته مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاثا ذراع وانما يكمل البيان
بقوله والسفل المجرد أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاثا لانه ضعف العلوف يجعل بمقابلته مثله
أى بمقابلته مثله من السفلى المجرد الذى لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع
كأذ كرنا على قوله فيجعل بمقابلته مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ كرها قال صاحب
العناية أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل
بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول مخالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان
الثاني فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اهـ واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه
بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا يخالف فيه ولا
بينة ولا يمين كما يجيىء انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف
الملتفت اليه المعترف في الشرع وما ذكره ذلك المعارض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما
اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج
عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجيىء فلا يردبه النقص على شئ من القسمين

أنه غير لازم قبل لان
الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما أما اذا كان القاضى
أونائبه بقسم فليس لبعض
الشركة أن يأتى ذلك بعد
خروج بعض السهام
والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط
والاستحقاق من عوارض
القسمة أخذ كرها والاصل
في هذا الباب أن
الاختلاف اما أن يكون
في مقدار ما حصل بالقسمة
أو في أمر بعد القسمة فان
كان الاول مخالفا وتفسخ
القسمة ان لم يكن في دعواه
متناقضا وان كان الثاني
فحكمه البينة على المدعى
واليمين على من أنكر
فعلى هذا اذا ادعى
أحدهما الغلط في القسمة
وزعم أن مما أصابه شيئا
في يد صاحبه وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء لم
يصدق على ذلك الابينة
لانه يدعى فسح القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق
الاجماع كالمشتري اذا
ادعى لنفسه خيار الشرط
فان أقامها فقد توردها بها

(فان)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(قوله فان كان الاول مخالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير
لا يخالف فيه ولا يمين ولا يمين كما يجيىء

(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب النا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصباهم ما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد) (وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه قال قول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تخالفا ونسخت القسمة)

المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو أقرروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لوصح هذا لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارد ان قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن برّد الاقرار برّد المقر له لا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه هنا على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يتشكى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والالزام أن يرد الاقرار الاول برّد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه هنا أيضا على ذلك فانه يتشكى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتشكى فيه أن يقال فاذا أنكر استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقه في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضى تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرديف فائتمت في استخلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبى حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعلم فيه دقة ثم أقول لكن بقى فيما ذكرنا وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بديل لا اقرار فكذهب اليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقرروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتخالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتخالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في التسويع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتخالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتخالفا

عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ولا تخالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا) يعنى وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تخالفا ونسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقرروا الزمهم الخ) أقول لوصح لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد رجما الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تخالف فيه والاسباب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بغضه (٢٢) وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعى عليه الغصب

وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيدا بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا نسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لاوجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى وقائل أن يقول نسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فان شرط جواز القسمة

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقسما دارا أو أصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا شهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاء القياس لان أحدا المتبايعين يدعى الزيادة والاخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البديل عما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهم مانكرا فيحلف وأما بعد القبض فتحالف للقياس لان القابض منهم لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فحالفوا وراذلا فاذا اقررت ذلك ففيما نحن فيه أحد الشرطين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا وانما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الاقرار والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الاقرار ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتنامل في الدفع (قوله ولو اقسما دارا أو أصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا بيمينه لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نود دعواه باليمين يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ففسخ القسمة المعانية حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجي في الفصل الآتي من

فيجب نقضها والصدور التمهيد حكام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجحهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما دارا) هو عين مسألة أول الباب لكن أعاد زيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتصلان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تامل

الى قوله لم يصدق على ذلك الايبنة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قبل صورته دارا قسمه رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة بقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينه الخراج ترجع على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فهم جميعا واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين في الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يخيران شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفع العيب التثقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف)

أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعني القدر الذي رجه الله في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في

(وان أقام البينة يؤخذ بينة المدعى) لانه خارج وبينه الخراج ترجع على بينة ذي اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفوا وتادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة بقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لاحدهما تحالفوا) كما في البيع

فصل قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح

أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نورد عواء بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي قال المصنف ذكر القدر الذي رجه الله في

الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرفان قول القدروري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نورد عواء بالبينة يحكم بالبيت للمدعى

فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه (قوله في الاول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافق نص عبارة وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فبطلت القسمة وان كان معيناً لم يكره هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك رجع الثاني على الاول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فهم جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكتفي بذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على التأسيس خير من التأكيده فتأمل

لا يعض فيكون تقدير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لابي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمه وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٣٤) في النصيب الآخر فلا يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

باستحقاق بعض معين يبقى الافراز قيميا وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمه من الاصل لانه مارضى بها الاعلى تقدير المعادلة وقد فانت ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشروع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصيبين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر للمشتق

لا ييوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمه وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر بالمشتق فافترقا

خليفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفه الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرار ابلغ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفه الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرا فان قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم ينص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا يعض فيكون تقرير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما جل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتين المسئلتين مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيحتل وضع المسئلة وأيضاً لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان مجردا ثانياً كبدل صار منزلة الاغوى مثل هذا النقص وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للراد من لا الإلهام فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فبين أن كلام القدوري ظاهر فيما جل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر بوجوب الحكم قطعا كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة أعني قوله والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غايه البيان عن الامام علاء الدين الاسيحي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه لانه اعتبر القيمة والقسمه بالقيمة عند أبي خليفة لانصح الاعن تراص انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه حيث

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصيا على القسمه) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي وصورة فانها اذا كانت بفضاء القاضي بطل أيضا اذا لم يرش الغائب على ما يبيح في شرح قوله ولو أراه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيها كدولها لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقسما الاثنان

صاحب المقدم نصفه)
يعني النصف من الثلث
المقدم الذي وقع في نصيب
أحدهما ثم استحق النصف
الثاني رجوع ربع ما في يد
الآخر عندهما لئلا يكره
يعني من قوله لانه لو استحق
كل المقدم رجوع بنصف
ما في يده الى قوله اعتبارا
للجزء بالكل وسقط خياره
بيسع البعض في فسح
القسمه لان الفسخ انما يرد
على ما ورد عليه القسمه
وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لان القسمه
تنقلب فاسدة عنده
فيقتسمان الباقي بعد
الاستحقاق وقوله (والمقبوض
بالعقد الفاسد) جواب عما
يقال ينبغي أن ينقض
البيع لانه بناء على القسمه
الفاسدة والبناء على الفاسد
فاسد ووجهه أن القسمه
في معنى البيع لوجود
المبادلة وإذا كانت فاسدة
كانت في معنى البيع
الفاسد والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك
فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة تعذر
الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف
نصيب صاحبه

وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهم سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما أن شاء نقض القسمه دفعا لعيب التشفيق وان شاء رجوع على صاحبه ربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف صدر رجوع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا رجوع ربع ما في يده الآخر عندهما لئلا يكرهنا وسقط خياره يبيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمه تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجبي في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمه بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمه من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البيضة على الوفاة وعددا الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصيب للغائب وكذا لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمه بعدم رضا الغائب لما ساءل القاضي القسمه في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجبي في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بمحواله رابحة اذ لا تنفي في شرح ذلك ما توهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمه وقالت الورثة نحن نقضى حقهم فان القسمه تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقه ما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاه ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمه في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقه ما من عين التركة لانه انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه أو المراد بانتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمه بالتراضي دون القسمه بقضاء القاضي اذ لا تنقض القسمه بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمه بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمه بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمه لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشريكة بينهم ولو اقسما واثمة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمه بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمه في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقسما ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمه بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمه بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمه بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسميناني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدديان وضع هذه المسئلة كاذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمه لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرة بالدين عبده وهو ذرهم محرم لو ارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي (٣٦) من التركة ما بقي من الدين ورأه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين ورأه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو رأه الغرماء بعد القسمة أو أداء الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى

له بالثالث أو الرابع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرث الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عيناً لم يصح لان الدين يتعلق بعالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقسام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقسام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوم يناقضه ولما قلنا ان نقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً ان أراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وان أراد به انها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بنحس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء المتفاوت في العين بأحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولما قلنا ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبيينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهة حيث رضى بها ولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في تطائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير بان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير بان كون استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحة بقاها فامة البيينة بل يقول انها صحيحة في الانتهاء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبيينة قال جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لغير ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مر له بثبوت الدين بالبيينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

فصل

ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(قوله والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها وأحال أن الترجمة بالباب أولى لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لسكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء ولشيء وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلامهم يرضى (٢٧) بهيئة واحدة ويختارها وأن

فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتأبؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا يبطل التأبؤ بموت أحدهما ولا بموتهم ماله لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تأبأ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يقوم به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤديه سائر الورثة إذا الحكم فيما أذا بقي من التركة بعد القسمة ما يبق بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المقدمة مفصلا

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم إن المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وأبدال الهمزة ألفا فلهذا فيها والتأبؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر في تراصوا به وحقيقته أن كلامهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتأبأ القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس بأى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته لكانت كذا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتأبؤ جمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحدهم الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت

الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس بأى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكانت كذا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتأبؤ جمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحدهم الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت

فما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهم ماله لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تأبأ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فصل في المهايأة (قوله لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نسيئة

فالتأثير في هذا الوجه وهو
أن يسكن هذا في جانب
من الدار ويسكن هذا في جانب
آخر منها في زمان واحد
افراز لامبادلة لتحقيق معناه
فان القاضي يجمع جميع
منافع أحدهما في بيت
واحد بعد أن كانت شائعة
في البيتين وكذلك في حق
الآخر ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولو كان مبادلة
كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة ويشترط
التأقيت قيل (قوله ولكل
واحد أن يستغل ما أصابه)
يجوز أن يكون توضيحا
لكونه افرازاً فإنه اذا كان
افرازاً كانت المنافع حادثة
على ملكه ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وإن لم يشترط في
العقد ذلك وهو ظاهر
المذهب ذكره شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وفيه
نظر لانه لو كان مبادلة كان
كذلك أيضاً والاولى أن
يكون ابتداء كلام لنفي
قول من يقول انه ما اذا
تهایا ولم يشترط الاجارة في
اول العقد لم يملك أحدهما
أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون
توضيحا الى قوله ومن
حدثت المنافع على ملكه
جاز أن يستغل وإن لم يشترط
في العقد ذلك) أقول
منقوض بالاجارة

والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن
يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب (قوله والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء
لامبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضا أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان
مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم
لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازاً من وجه حتى يثبت كونه افرازاً لجميع
الانصاء لجواز أن يكون افرازاً من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازاً للنصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن هوفها ومبادلة لتنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الاخر في
الناحية التي يسكن هوفها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعري عن
المبادلة والافراز لان ما يجمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو وجه كان ملحقاً
بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة بالمنفعة بالعوض
من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال
صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء فان القاضي
يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر
انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه ناج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقر في
محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التأثير مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار
اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار
الحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من
عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا بالضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكرنا وفيما مر أن القياس بأبي جواز
التأثير لانه مبادلة بالمنفعة مجتهداً وهي لا تجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الاجارات لكننا كنا القياس
فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصاء
في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التأثير في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا
كان افرازاً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه
كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط
لحدوث المنافع على ملكه) قال ناج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع
هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد
قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق اذ قدم في الكتاب أن لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب
أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل
المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث
المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذ كر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة فتفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمي الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم رب النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاعه لان

(٣٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معسرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التباين من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها ولا يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر بأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما حصة فلا ترجح لاحدهما اذا التباين في المكان أعدل لاستواءهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أعدل لان كلاهما ما ينتفع بجميع جوانب الدار في فوته فلا بد من الاتفاق دفعا للحكم فان اختاراه

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التباين من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما بأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التباين في المكان أعدل وفي الزمان أكل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يفرع في البداية) نفيا للتممة (ولو تهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والاخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذ كر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس يصحح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا يرى أن كثير من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التباين في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهاين من حيث الزمان والاحكام في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الاتية سيما من الفرق بين التباين على الاستغلال في دار واحدة والتباين على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التباين بين المعطوف والمعطوف عليه فليس يصحح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالحكمة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتثبت بحديث العطف ههنا لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة فتفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر فسمي الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم رب النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على

من حيث الزمان يفرع في البداية نفيا للتممة (قوله ولو تهايا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رجه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رجه الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاص عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذ كر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قبيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت بخلاف أعيان الرقيق لانها تفاوتت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تباينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استخسانا للمساخة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يساع فيها (ولو تباين دارين على أن يسكن كل واحد منهما ماداراً جازو يجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحد وقدر قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التباين فيما أصلا بالجبر لما قلنا وباتراضى لانه يبيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقيقتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وحده الظاهر أن التفاوت ينقل في المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افرأزاً أما بكثر التفاوت (٢) في أعيانها فاعتبر بمبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التباين على الركب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حاذق وأخرق والتباين في الركب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يعمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التباين في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيها هو بمبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكنى بالسكنى والملبس باللبس والر كواب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفرادهم يحرم التساوي عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ر بالنساء عند وجود أحد وصنى العلة وهى القدرة مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلالاً أئتمنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بر بالنساء نعم لناديل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التباين من حيث المكان افرأزاً لجميع الانصباة لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقب ولا يفتى أن التباين في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والاخر بالآخر كافي الدرور والعبيد فيصير من قبيل التباين من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف بمبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدرور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدرور والعبيد مثلاً واحداً فلمراد مثل أن يتباين على أن يسكن أحدهما الدرور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كافي الثياب والاراضى وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع ان قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خشخشة التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أى ان القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت) أوجه لبقائه قوله في الاصول بلاتأويل وقوله (ولو تباين فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلاتأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢) قول صاحب الهداية أما بكثر التفاوت الخ وجد بهامش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانها لان أما بلابها الاسم اه صححه

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز التأثؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في (٣١)

العبد الواحد والمداية الواحدة
وقوله (فتفوت المعادلة)
لان الاستغلال انما يكون
بالاستعمال والظاهر ان عمله
في الزمان الثاني لا يكون كما
كان في الاول لان القوى
الجسمانية متناهية
وقوله (ولو زادت الغلة
في نوبة أحدهما) يعني في
الدار الواحدة وقوله (في
ظاهر الرواية) اختار عما
روى عن أنى حنيفة في
الكيسانيات انه لا يجوز
لان قسمة المنفعة تعتبر
بقسمة العين وهي عنده في
الدارين لا تجوز للتفاوت
وقوله (لما بينا) اشارة الى
قوله والاعتدال ثابت في
الحال الخ وقوله (اعتبارا
بالتأثؤ في المنافع) يعني
في الاستخدام الخالي عن
الاستغلال وقوله (لان
التفاوت في أعيان الرقيق
أكثر منه) أي من التفاوت
من حيث الزمان في العبد
الواحد لانه قد يكون في
أحدهما كياسة وحذق
ولباقة يحصل في الشهر
الواحد من الغلة ما لا يقدر
عليه الآخر ثم التأثؤ في
استغلال العبد الواحد
لا يجوز بالاتفاق ففي
استغلال العبدين أولى أن
لا يجوز وعورض بان
معنى الافراز والتمييز راجع
في غلة العبدين لان كل
واحد منهما يصل الى الغلة
في الوقت الذي يصل اليها
فيه صاحبه فكان كالمهاياة

ووجه الفرق هو أن التصيين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار
وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليه في
نوبة الآخر يستمر كان في الزيادة ليحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التأثؤ على المنافع فاستغل أحدهما
في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التأثؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد
(والتأثؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان
فيها بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التميز والافراز راجع لاتحاد زمان الاستيفاء
وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر فرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا
يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتأثؤ في المنافع ولا يجوز عنده
لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمنع الجواز

المراد بما ذكره هنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي
ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن التصيين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه
فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاسعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني
لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول من متضى هذا
الوجه أن لا يجوز التأثؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذا الظاهر أن
منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت
المعادلة مع أن التأثؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتأثؤ على منفعة البيت الصغير كما مر
من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التأثؤ في العبد على الخدمة انما يجوز ضرورة أنها
لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافتراضه في الكتاب
عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة تبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر
منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجع
في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة
في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح
أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظرا قد مر في بيان فوت
المعادلة في التأثؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما
قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة
بين المستثنين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان
الفرق بين المستثنين من قبل الامامين وعزوه الى المسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله
والتأثؤ في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما
اعتبارا بالتأثؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيمد كره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال
صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التأثؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت وعلمه ههنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد على اثنين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو
باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل لان غلة الجواز تضر القسمة وقوله
التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما معاملة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب
أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع
لا تواردهما عليه على سبيل البطل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول

في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالنهاية في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغللانه على طريق الشركة ثم قسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التباين في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلة هنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على (٣٣) حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور

من قبل تنه هذا التعليل لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهم ماعلة مستقلة وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لا بطلان القياس ولا يجوز في الدائتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشريعته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) وانما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور ومحل النزاع أيضا فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدائتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتم با على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب الباقى لا يجوز) لأن الماهية في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي فوته أو ينتفع بالبن بمقدار معلوم استقرض النصب صاحبه انقضى المشاع جائز

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع بعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقال هي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

إذا لا يخفى أن المقصود من إيراد العال المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لأداة المدعى بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء وأما الثاني فلأن الظاهر من تعليل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما ماعلة مستقلة ولا يلزم أن لا يفيد شئ منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الاستفادة غير أمثلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف ولت شرى ما ذاب يصنع الشارع المزور في قول المصنف فيما بعد ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لا بطلان القياس وكذا في تقاض ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحدة منهما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور ومحل النزاع أيضا فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف انقضى المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائزا لأن يقال ليس قرضا من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافا إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولابى حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخسارة) فقيل وما الخسارة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله) فأنه لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى فقير الطحان ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فأنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أفقرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الأرض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنية فكان مازك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معاومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا بين مسلمة معاومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع هو نظيره وهنا ليس كذلك لأن معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (وإذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل وفيما إذا كان من قبل رب الأرض وقوله (لأنه غنم ملكه) منقوض بن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان غنم ملك

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن المال قد لا يمتد إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال قست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد ينم ما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزم معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى أنه عليه السلام نهى عن الخسارة وهي المزارعة ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى فقير الطحان ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكرهها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى اجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه ولا أثر الأجر كما فصلنا

التعقيد بالاطلاق لا مقابلة التعقيد بالتقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لأنه قيد بمدة القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج السريعة قلت الرجوع في المضاربة يصح لعمال من أحد الجانبين ويعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما ما في الرجوع وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لنا سبأ في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقرة والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقرة أيضا مال وقد اجتمع في العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المثل لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشرين خير من أرض العرب أه أقول كون خير من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خير على أراضيهم على الكفر وذروا أرض العرب طولوا وعرضا في الباب المسد كور في أنقن ذلك في موضعه لعل يحكم بأن خير ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه) قيل قوله لأنه غنم ملكه منقوض بن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان غنم ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(٥ - تكملة ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ

(قال المصنف ولأن الأجر مجهول أو معدوم) أقول فإن قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشرين خير من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بجمع كون الزرع غنم صاحب البذر فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الأن الفتوى على قولهما) (٣٤) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعش أحدهما الى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) بمعنى إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة السكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي العقود عليه (منافع الأرض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الأرض ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالأعلام وقوله (فياقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم

(قال المصنف والقياس بترك التعامل لالخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك

الأن الفتوى على قولهما ما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرطاً أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقداً ما لا يصح الا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها المعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمنازعة وأعمالاً للعقد عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد (والثالث أن يخلى رب الأرض بينهما وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فياقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد باختاره وتخصمه فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً الى الأمر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلاً والجواب غير دافع لما ذكرنا من الأول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس ببناء ملك صاحب البذر وانما هو غاصب الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين الغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك الغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثله منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع غاصباً ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لأنه غاصب ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والآخر عاملاً بامر غيره والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما ما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل اجماع على والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخجارة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه فواجهه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال له ما أن يدفع ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب السكا في حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النص صريح في المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لأحد الخلاف فيها وأن يحملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بد من قبله من الشروط من الشروط انما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فياقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يابى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجوداً اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس

بالادنى وسيجيء أيضاً في فصل الوطاء والتظير من كتاب الكراهية لأنه لا يعتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لأنه عقد على (والثامن منافع الأرض) أقول ذكرنا الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر ولكن في معنى أن مع الفعل

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس لبصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم امان أن يكون الجميع لاحدهما أولا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

(والشأن بيان جنس البذر) لبصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط ليخط بآلة الخياط

ياي جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكن يجوزناها استحسانا لالحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعا ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فترع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فيا يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقط لجعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه يتعقد شركة في الانتهاء أفرادا ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فيا يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لاجازتها في الارض والعامل لورود الشرع به فنهى ما أمان في الارض فأمر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأمان في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الاخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تابعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذافي الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار يجعل كل التعامل استئجار الارض أو بزر الارض استئجار العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشتراف والاصل يجوز أن يستتبع الاخر والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط

أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الأرض للبقر ولواحد والبذر للعمل لآخر أن يكون العمل لأحدهما والبذر لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا وأعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد بأجرة وتتم شركة وانعقادها بأجرة انما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا الكفا جوازناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيه مادون البذر والبقر أما في الأرض فأتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا بشرط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦) للأرض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

(وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدينارهم معلومة (وان كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بألة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياط الخياط ثوبه بديناره أو طبايا بالطين عمره (وان كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك اذا شرط وحده وصار كحائب العامل لخياط بآلة الخياط فانه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الاجير كالحياط (قوله وان كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدينارهم معلومة) أقول فيه نظرا ذلنا سلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدينارهم معلومة فان استئجار الأرض ببعض من بعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكننا جوازناها فيما اذا كانت استئجارا لمنفعة الأرض أو العامل استئجارا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استئجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك اذا شرط وحده وصار كحائب العامل) قال في العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك اذا شرط البقر وحده وصار كحائب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما اذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

أهل خير والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص فيه وما بقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مسودا لآخر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غير هافه وجنس آخر فاذا عرف هذا افلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف والأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك اذا شرط البقر وحده وصار كحائب العامل اذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة الرابع) أقول أي الوجوه المذكورة جائزة الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول يعني أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما يستتبع وبقوله ذلك إشارة إلى استئجار الآخر (قوله والمنظور اليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الأرض) أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف للشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه من أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته لتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استنجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذلك في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا وإقائل أن يقول استنجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلاف الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدرى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكمه وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدرى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من

آخر والأرض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهمان لكل يوم وألقى الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه تعالى بذره ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة له بخلاف جانب العامل لأنه يتجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفرد فكذلك عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرا للبذر قابضه لا اتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجرا والعامل أجرا فلا يبقى الحديث استتباع الأرض البذر محمل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استنجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استنجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استنجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلأن قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استنجار كل من جاني رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعني الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجرا لا خرافا لوجهه في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استنجار العامل لا غيره أصلا فكان صحيحا قطعاً وأما إذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استنجار الأرض وغيره الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستنجار البقر أصالة فبعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهمان لأن ذلك كان أجرا مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

(قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والأرض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا العمل الاولي أن يقال انما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه اشكال) أقول يعني على الرواية الاولي (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجره حقيقة الخ) أقول لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجره مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحثر بها على وزن الفاعل بالتشديد

وقوله (اعتبار العرف فيما ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاستنباه واجب وقوله (والتبّع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبّع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا باعتبار الاصل وان لم يذكّر فيه الشركة فكان معناه والتبّع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهم لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب للعقد فاذا نص عليه كائنا صرحا بما هو موجب للعقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه لا يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك بشرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الا لتبّن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا أولم

تخرج فان أخرجت فانخرج على ما شرط الصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل عن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلك العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كما لا يمكن هذا امثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض

(وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا لتبّن (وكذا اذا شرط لتبّن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرض لتبّن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم ان التبن يكون لصاحب البذر) لانه غناه بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلج رجعهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما ينص عليه المتعاقدان ولانه تبّع للحب والتبّع يقوم بشرط الاصل (ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرط التبن لالاخر فسد) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا لتبّن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا نفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجر اسماء ولكن لا جزم بخصوصه كما جزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل وقوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا لتبّن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الانية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الانية المتصلة بها وكان صاحب الكافي يتبع لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) أقول عبارة الكتاب

الاصل قبض الفرع والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن يخرج الارض وأن لا يخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا نفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد العين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن تظاهر التقرير بآبائه وان كان ما بعينه له واصحاب البذر ففساده ممنوع مطاوعا فان التبن غناء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيحكي فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساد وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتشبه اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقرة من المزارع فأمل (قوله والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

لأنه غامض ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لأنه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغاما بلغة لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لمثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لأنه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسألة ما إذا أسأجر جارا يحمل عليه طعاما بغير ميثمة فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجوز بالاجر فغيره لأنه لما فسدت الاجارة فالواجب الا عمل عما سمي ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما إذا اشترى كافى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بلغة عند محمد رحمه الله لأن المسمى هنا غير معلوم فلم يصح الخط فيه مجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بلغة في الاجارة الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكرهما وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغة الى أن قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغاما بلغة وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر

(٤٠)

منافع الارض بعد فساد فيجب ردها وقد تعذر فيصير الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المار ولوجع بين الارض والبقة - رخصي فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لأن البقة - رمدخ لا في الاجارة لجواز ايراد عقد اجارة عليه والمزارعة اجارة معني فتعقد المزارعة عليه فاسد ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمه الله

لأنه غامض ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فيبقى النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله (وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغة لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لمثل لها وقد مر في الاجارات) وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لأن له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معني (واذا استحق رب الارض الخارج للبذر في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفصل) لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد المثل في منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

هنا فاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قوله - ان خصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار

قال

لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر لأن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بما لا يعقد العقد عليه صحاح ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصديق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهم ما على ما جرت به العادة احتياجا لاجل الغاف فكان الخبث شيئا فافأورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو ابقاء البذر وفتح الجدول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

(قوله ثم قال ولا يجوز بالاجر فغيره الخ) أقول فيه شيء وجوابه أن مقول ذكره محض زوف والتقدير ذكره (قوله فبمعجم وهذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بلغة ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شيء والظاهر أن قوله ثم ذكره هو من فلم النامخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (واذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد القاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعد رواه وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم من جهة (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين العمل وهو قادر عليهما (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء عنده الا يبيع الأرض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض (٤١) والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجرا ليدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم من جهة (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكفي بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعدم مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق والتمسك بذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وعما في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بشكل عن استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهلك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه مجزئ من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتكرارا أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض فعين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه اراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذكر جواب النبات في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله بشرسوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله اقلعوا الزرع وتضرره المزارع) أقول القلع مخصوص عما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف لما لهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه

(فلما ثبت الزرع في السنة الاولى) ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار تنقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لماسيد كر (٤٣) بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقيل من فدحه الامر

فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يستخصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستخصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار تنقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما تبينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز) ككافي الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذ كور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ما ذ كر في أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به فاطبة فيدخل فيه ما ثبت الزرع عند موته وما لم يثبت ولا شيء أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول اطلاق المسئلة ولا رب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز كافي الاجارة) قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسح المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذ كر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لعمدة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لعمدة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للإشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن ذ كر الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا وكأن المصنف قد اختار هناك صرح بمخاروابة افتقار الفسخ الى أ. دهمما ولم يكن شيء منهم ما فان المصنف قال هناك ثم قول القه بدوري فسح القاضي اشارة الى أنه يقتصر على قضاء القاضي في النقص وهكذا ذ كر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذ كرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذ كر في الكتاب

أي أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها اجاز) الفسخ (ككافي الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لعمدة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعد وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليق انما يصلح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فلا عامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض

وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجر فيتقوم فاذا منفعه وعمل على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر (قوله اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليق بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كافي الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما ياتي يوم على رب الارض بالعقد والعقد انما يقوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعلى العامل متصور في صورتين ثلاث ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصل بعد وحكمه ان لا يتابع الارض بالدين حتى يستحصل الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرا بالغماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر

في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا علك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصل الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت باتقضاء

فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصل لم يتبع الارض في الدين حتى يستحصل الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصل والنفقة على الزرع عليهم ما على مقدار حقوقهم) معناه حتى يستحصل لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقفل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع قبل أن يستحصل ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك الا يرى أن الاب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك ولهذا علك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التخصيص لانه ان أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بجميع جدا وقد اعتبر في الصورة

المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بترتبة نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تملك له مجاؤها والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الانهار عليهم ما على مقدار نصيبهم ما حتى يستحصل كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك انما لو أمرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرره وان أبقينا به بلا أجر تضرر رب الارض فبقينا به بلا أجر تعدد نظر من الجانبين والعمل عليهم المأذ كفي الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا يتابع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان أبقينا به بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لأحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويجوز رب الأرض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختصر في ذلك لم يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لاتقاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه رد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤) نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر

وقوله (ما بيننا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله) والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكليها اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بيننا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا) أجرة الحصاد والرافع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تميز الحب من التبن بالريح ولما كان القيدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربها يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذ بقلالم يكن له ذلك) لان صاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بمائة نفقة في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يحجر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقات ورثته فحق نفعه الى أن يستحصل الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم عما عملوا) لانا أبقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يحجر وأعلى العمل لما بيننا والمالك على الخيارات الثلاث لما بيننا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرافع والدياس والتذرية علم ما بالحصول فان شرطه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الخلل أو الطعن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تصور دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجهها عدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فنأين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قاله بعض المشايخ أو كحكم الصورة الاولى كما قاله بعضهم الا خروا لوجه عندى أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيسا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الأرض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادع هل له أن يبيع الأرض لم يذكر رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يحجر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختصر فيما ذكر لم يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينبئ في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا والمصنف جعل الأعمال ثلاثة ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالجل إلى البيت والطحن وأشباههما وما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما ما لكن قيمتهما قبل القسمة (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعدها

على كل واحد منهما ما في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لأنه مال مشترك) سواء مشترك بعد القسمة باعتبار ما كان وقبل باعتباره أن المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معينا في قرية يقال لهم شريك في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لتقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تنوع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فلما حصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جذا الثمر سيرا أو التقاط الرطب فذلك عليهم لأنهما أنبيا العقد لما عزموا على الفصل والجداد يسرا فصار كما بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وقال الجائز إذا ذكر مدة معلومة ومسمى جزأ من الثمر مشاعا)

لا تتفاهع بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا ينبغي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول إن رب الأرض أيضا ليس بمنفعت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا ينبغي بنفقة حصته فليتنامل اه

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا تقدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقد تمت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقدمت ولأن تقريرها أكثر من تقرير المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعاً لأن أبو حنيفة لم يجوزها كذا في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وكذا في غير جوازها كذا في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تنوع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضاً شئ وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضاً من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي بعد في المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقال الجائز لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أوزع انتهى وكأن كلامنا من فريق الشراح اطلع على ما في

كونها أصح إما أن يكون رواية أو دابة ولا يصح شئ منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معدوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمرارعة (٤٦) وبه أخذ فروج بن جازة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة والمرارعة لا تجوز الاتباع

له اود ذلك بان يكون النخل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء النخل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الخلقها بالمضاربة فجازت منه كفة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا عزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة فدانتهى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز أنا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصرف في معنى الثمر للشجر وهذا الآن ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بعزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الاتباع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بأن شرط ارفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعالها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كافي للمزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كما وقت معلوم وقيل بتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا عزلة ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وريبا والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها فتفاوتا فاحتشوا بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو اطلق في الرطبة نفد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معدوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية نفهومها اللغوي أعم من الشرعي لاعمته كقولهم صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذا الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معدوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والايضاح أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شأن أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشروط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شروطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضحان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشروط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال أي وشروطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو اطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذ معلومة فان كان فهي جائزة كالأشجار في النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مختلا

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنها تنمو ما تركت في الأرض) دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى تذهب أصولها - لأنه
 لأنها لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج التمر فيها) أي في الوقت أنه يتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة في التخيل والشجر)
 هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة ولا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل
 والكرم) ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير

خبرهم إلا أن أهلها يعملون
 في الأشجار والرطاب أيضا
 ولست سلما ذلك لكن
 الأصل في النصوص
 التعليل لاسم على أصله
 فان بابه عنده أوسع لأنه
 يرى التعليل بالعلة القاصرة
 وبكل وصف قام دليل
 التمييز على كونه جامعا بين
 الأوصاف وأما نحن فانا
 لانجوزه بالعلة القاصرة
 ويشترط قيام الدليل على
 أن هذا النص بعينه
 معلول وموضعه أصول
 نفسه وقوله (وليس
 لصاحب الكرم) واضح
 وقوله (لما قدمناه) وفي
 بعض النسخ على ما قدمناه
 إشارة إلى ما ذكره في
 المزارعة بقوله (وإذا عرفت
 المزارعة فامتنع صاحب
 البذر من العمل لم يجبر
 عليه الخ) والحاصل أن
 المساقاة لم تشمل على ضرر
 فكانت لازمة من الجانبين
 بخلاف المزارعة فان
 صاحب البذر يلحقه ضرر
 في الحال بالقاء بذره في
 الأرض فلم تكن لازمة من
 جهته ثم عذر صاحب الكرم
 لحوق دين فادح لا يمكنه

لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة
 أن شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سمي في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج التمر فيها فسدت المعاملة)
 لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سمي بمدة قد يبلغ التمر فيها وقد يتأخر عنها اجازت) لانا
 لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فالعامل
 أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة نصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا
 لم يخرج أصلا لان الذهاب بأقفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا تثنى لكل واحد منهما
 على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال
 الشافعي في الجسدية لا تجوز إلا في الكرم والنخل لان جوارها بالآثر وقد خصهم ما هو حديث خبير ولنا
 أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخصهم إلا أن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا
 ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سمي على أصله (وليس لصاحب الكرم أن
 يخرج العامل من غير عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير
 عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فان دفع مخالفيه تمر مساقاة
 والتمر يريد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
 استصعد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد الانتهاء والادراك فلو جوزه
 لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة إلى العمل

الاتباع الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام
 فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما
 لا يذهب على ذي طئانه (قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية وقوله
 لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى
 يذهب أصولها - لأنه لأنها لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام
 أما أولا فلان كون قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا
 على المجموع لجريانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم
 المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند ما كان ذلك وأما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم
 ذكر المصنف دليل التخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى يذهب أصولها ليس بتمام أما على النسخة
 الأولى التي معناها لأنه لأنها لذلك أي زمان ذهب أصولها فكان أي المدة يتأويل الوقت غير معلوم
 فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تنكك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود
 وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لأنها لذلك فكان معلوما أي كان دليل تنكك الصورتين معلوما
 اظهر ورافد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لا يذ كر دليل الرطوبة
 أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فاقام

الايفاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جاوزت بالآثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج
 (قوله ولم يذ كر دليل التخيل والرطوبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين
 وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ)
 أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافا لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنقض عتوت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقدمات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا الأول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء العامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل

لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبي خيرا الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما إذا انتقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالأعذار لما ينشأ في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود علمافصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد ينشأ وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

قال (واذا فسدت المساقاة فلا يعمل أجزمه) لأنه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالزراعة إذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الاجارة وقد ينشأ فيها فان مات رب الأرض والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو اتزم العامل الضرر بتخيير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له الحاق الضرر بهم وقد ينشأ نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقره ومواعيله وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الأول سواء وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا علمها لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالأعذار) لما ينشأ في الاجارات وقد ينشأ وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثر قبل الادراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا يلزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في الزامه استجار الاجارة زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا

(قوله ولو اتزم العامل الضرر بتخيير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها كذا وان شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به

بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليه ما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانهما يتبع استحسانا بخلاف ما إذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لا أن تقول بقاءها استحسانا كان نظر العامل فإذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره وهو ما يلحقه به ضرره وهنالك في ذلك وفي الاخرى عذرتا وبه ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه التخليل على ان يعمل فيها بنفسه وبأجراته فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لابعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض والغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطمان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لابعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض والغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطمان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعها في تبسرها على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره وهو ما يلحقه به ضرره وهنالك في ذلك وفي الاخرى عذرتا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولتقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرار بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في التركة الاختياري لان التركة الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسألة جواز الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعد ما بيان وقوع الروتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو التركة الاختياري لا غير فتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشيء الغراس بل يكون تسليمها لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتنى أثره في شرح هذا المثل على هذا المثل صاحب معراج الداراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية حيث قال فيه بحث اذا ناسلم انه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقموع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليمها لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس يقتضي الشرط بل يكون الشجر ملكا كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس

(٧ - تكمله ثامن) وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذا ناسلم انه حينئذ لم يكن تسليم الشجر ولعل معنى كلام المصنف ان العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا به بالعلق فيها فتعذر رد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذه العقبة لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقدة لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغاً لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس لا يجعل الأرض بها سناناً كالصبغ للثوب فإذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافاً في الحال للارتفاع في المال فإن الزراعة إنما تكون باتلاف الحب في الأرض للارتفاع عما ينبت منها والذي اتلاف الحيوان ٥٠ بازهاق روحه في الحال للارتفاع بلحمه بعد ذلك وأعلم أن العراقيين ذهبوا

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

كتاب الذبائح

الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر يدل على خر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بيننا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذه العقبة لجهالة الغراس نصفها أو جميعها للاعتبار معنى الاستحجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما متلافاً في الحال للارتفاع في المال فإن المزارعة إنما تكون باتلاف الحب في الأرض للارتفاع عما ينبت منها والذي اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للارتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح إذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم إلا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتموا بذلك وعن

إلى أن الذبح محظور عقلاً ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراً بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندنا باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فقررنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والنظم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والنظم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بخبره فلا يرد الشرع بأباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تحجيز

من حيث تصور منقعة فيجوز أن يرد الشرع بأباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالحاجة للإطفال وتداوهم بمخافته (قال) ألم لهم والد الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاه السن بالذلهاية الشباب وذكاه النار بالقصر لتمام اشتغالها ومعنى

(قوله أو شراءه جميع الغراس) أقول منظوريه إذا لم يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما

كتاب الذبائح

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في كليهما إصلاح ما لا ينتفع به بالآكل في الحال للارتفاع في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمنع أن كل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة)

هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيان وغيرهما كنفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بامنها وعنونوها بالمعاملة وذكروا كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبدال كل واحدة منها بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهم في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبايح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في السكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندنا باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفاهة انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بغيره فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظراً إلى نفعه كالخماصة للأطفال وتدويمهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً المستدل لا فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهذا لم تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مشله ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند استناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند استناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه أن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو قربة بلا مربة فإنه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الأثر المذكور صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظه قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل
الذبيحة) (الذبيح شرط حل
أكل ما يؤكل لحمه من
الحيوان)

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكي ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا يندم منها التميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمل لان حلهم بلا ذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الخ في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنفي عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة الارض يبسها يعني انها اذا بيعت من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهي الصدور والحيين واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن قوله (والثاني كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت اشارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أي ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما يحل ذبيحته اذا لم يذكروقت الذبح اسم عزير والشيخ لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا (٥٢) كان أو حر يا حلال اذا أتى به مذبوحا أو اما اذا ذبح بالحضور فلا بد من

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ماذ كيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمردة والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة وبضبط وان كان صبيبا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) واقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عني بقوله لما تلونا لقوله تعالى الاماذ كيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني بقدر على الذبح ويضبطه أي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم (وان كان) أي الذابح (صبيبا أو مجنونا) قال في النهاية أي معنوها لان المجنون لا قصد له ولا يندم منه لان التسمية

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكي ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبهاتها لا يلائم مرام المقام اذا المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد) أقول فيه شي فان النصارى مثلية فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعدا فيمكن الظن في أمثاله مع أنه مشترك في خروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فامل (قوله فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والخ في أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعني بقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علمتها تابتا وما يبردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والالقف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
يفتظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لان الشرط قيام الملة على ما مر

شرط بالنص وهي بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا يعني
قوله اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة ويضبطه والالقف
والمختون سواء لما ذكرنا
قيل اراد به الايتين
الذ كورتين وفيه نظر لان
عاده في مثله لما تلونا وقيل
اراد به قوله لان حل الذبيحة
يعتمد المسألة وهذا ليس
بمذكور في الكتاب والاولى
أن يجعل اشارة الى الآية
والى قوله ولان به يتميز الدم
النحس من اللحم الطاهر
وعاده في مثله ذلك قيل
انما ذكر الالقف احترازاً
عن قول ابن عباس رضى
الله عنهما فانه يقول شهادة
الالقف وذبيحته لا تجوز
وقوله واطلاق الكتابي
ينظم كذا ظاهر وقوله
(لان الشرط قيام الملة) فيه
نظر لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن أن يجاب عنه بأنه
شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه
شرط في معنى العلة) أقول
ويجوز أن يجاب أيضاً
بأنه لا مانع بتصور منه حل
ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط
غير قسمة الملة فاذا لم يكن
مانعاً أيضاً يحل

الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمراد بالمجوسى فلا يكون
قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه
بحث أما ولا فلان لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص
بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو
قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أملت لكم بهيمة الانعام الاما ينل عليكم غير على الصيد
وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم
ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخفة والموقودة والمردية والنطيحة وما أكل السبع الاماذ كيتم
وقال القاضي البيضاوى وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما ينل عليكم
فلا حرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون عما يعم الوثنى ونحوه
ولئن سلم عموم الوثنى ونحوه أيضاً فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض بل هو من قبيل
العام الذى نسخ بعضه باخراج الوثنى والمجوسى والمراد من حكمه ان قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص
عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول به بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض
ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذى لا يكون قطعياً انما هو العام
الذى خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذى نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعياً فى الباقي بلا ريب
ولا شك أن مانحن فيه من قبيل الثانى دون الاول لان الذى يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى
الاماذ كيتم فكان قطعياً فى الافادة ولئن سلم كونه ظاهراً غير قاطع فى الافادة فهو كافى فى افادة المطلوب
هنا بلا حاجة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضاً أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وان لم
يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانياً فلا نمثل ما ذكره صاحب العناية في قوله
تعالى الاماذ كيتم بنجعه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضاً
انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم اليه أيضاً دليل آخر وأما ثالثاً فلا ن
الضم المذكور انما يفيد فى حق ذبيحة الكتابى دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابى فليزم
أن يبقى الدليل قاصراً عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن
الدليل الثانى اذا افاد حل ذبيحة الكتابى افاد حل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة ثم ان المراد بالاطعام فى قوله تعالى
وطعام الذين أوثوا الكتاب ذبائحهم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل
صاحب السكافى وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر
فائدة اذ يستوى الكتابى وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها
وردد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم
العلم لا يدل على التقي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم
المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على التقي عما سواه بل مرادهم كما بنا دى عليه كلامهم أنه
لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذ كرفى كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علواً
كبيراً ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمسك على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضاً
اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والالقف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف
الشراح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الايتين
الذ كورتين وهما قوله تعالى الاماذ كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسأهم ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا مله فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثنى) لأنه لا يعتد بالمله قال (والحرم) يعنى من الصيد (وكذا الايوكل ما ذبح فى الحرم من الصيد) والاملاق فى الحرم ينتظم الحل والحرم والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والحرم وهذا لان الذكاه فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاه بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع اذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى أكل فى الوجهين وقال مالك لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرى وهذا القول من الشافعى مخالف للإجماع فانه لا خلاف فىمن كان قبله فى حرمة متروكة التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم فى متروكة التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهم أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل بخلاف متروكة التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايع رجعهم الله ان متروكة التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) واضح قوله (بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمس فـ لا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعى رجعهم الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمنا وان رجعهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدلل الشافعى

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظران عادته فى مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بحد كور فى الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك انتهى أقول فيه نظران قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاه شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتغير الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبج الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الألقاف والمحتون فى الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا أحقال آخر أقرب مما ذكرناه وان يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الألقاف والمحتون لا يتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعى تؤكل فى الوجهين وقال مالك لا تؤكل فى الوجهين قال صاحب العناية فى شرح هذا الحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا أو ناسيا قال الشافعى بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى أقول كانه حسب أنه أتى فى شرح هذا الحل بكلام يحمل جامع لاقسام المسئلة كاه الكنهه أدخل بحق المقام فى تحسره هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينشأ فى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطرارا بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط فى الذكاه الاختيارية وأما فى الاضطرارية فبشرط كون التسمية عند الارسال والرمى لا غير وسيجب ذلك فى الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا

بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وإن التسمية لو كانت شرطاً للحلل لما سقطت بعد النسيان كالطهارة في باب الصلاة فأنما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعد النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في النامى والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال بأننا لنسلم الملازمة فأنما تنقضي إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على النامى هيئة مذكرة كالاكل في الصلاة والجماع في الأحرام وههنا لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذباح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بوجوده ولما منع أن يمنع بطلان التالى أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره في الكتاب يعنى أن إقامة الملة مقام التسمية في حق النامى وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذره وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعى رحمه الله مخالفاً لاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه فان فيه النهى بأبلغ وجه وهو ناكيد به من الاستغراقية عن كل متروك التسمية وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل وهو أقرب للحالة من مذهب الشافعى رحمه الله لانه مذهب ابن عمر رضى الله عنهم والجواب أنه غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرى الحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف في الصدر الاول

لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضاً من المخرج ما لا يخفى إذا الإنسان كثير النسيان والمخرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا أن المراد به الذكّر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكّر باللسان يقال ذكّر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا

له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحلل لما سقطت بعد النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطاً فالله أقيمت مقامها كما في النامى ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه الآية نهى وهو التحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائى رضى الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي يناق في تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختيارى والاضطرارى اذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضى عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم) أقول فيه أن دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكافى في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً وهذا الحديث انما ينتمى حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه نهى وهو التحريم) قال في العناية ووجه الاستدلال أن السلف أجعوا على أن المراد به الذكّر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكّر باللسان يقال ذكّر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر بالقلب وقوله ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه ووجه الاستغراقية التي تفيد التاكيد كونها كيد العام ينشأ احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل النامى ذاكراً العذر كان من جهته وهو النسيان فأنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكّر دفعاً للحرج كما أقام الاكل ناسياً

ذكر بالقلب وقوله (ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه) وقولاً كيد العام ينشأ احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل النامى ذاكراً العذر كان من جهته وهو النسيان فأنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكّر دفعاً للحرج كما أقام الاكل ناسياً واسع وقد قررناه في الأنوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشريع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائى فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلباً آخر قال لانا كل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم) أقول ظاهره إقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولنا لا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولأننا كالأعمال يذ كراسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك الاحتج بظاهر ما ذكرناه الآية الكريمة فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعنى القرن الثالث والاذهب عطاء أنه لا يجوز أن كل شئ ما يدون ذك كراسم الله عليه أو المراد أن السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فأنه من الشرع) أقول الضمير في قوله فانه راجع إلى النسيان

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنهما في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الاكل لان

الطاعة بحسب الطاقة والمقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرغ على ذلك في الكتاب تفرعات وهي واضحة قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمر تاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابجا مما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد وجهه الله أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله بريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لا يوجب فرجه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكرك قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صفتن أيدين وأرجلهن وهناك التكبير وبهذه الاقفاط لا يكون مكبرا

ومالك يخرج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير التسيبان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو أربده بجرئت المحاجة وظهر الاتقياد وارتفع الخلاف في المصدر الاول والاقامة في حق النامي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة التسيبان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعله بقدر عليه حتى اذا أجمع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو روي الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أجمع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد الا يؤكل قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذ كرمع موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال وتظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذ كرمع موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يجمع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد عن شهدائك بالوحدانية ولي بالصلاح والشرط هو الذكركر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراهبة الذكركر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولانا كواعمال يذ كراسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكراسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما يذ كراسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة فمع أن حل كل المذبح بالذبح الاضطراري اذا ذكراسم الله عليه حال الارسال والرمي يجمع عليه بلا ريب وأما ما ينافي لانه قوله الا أن الشرع جعل النامي ذا ذكرا اعذر كان من جهته وهو التسيبان بتأني قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذا ذكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما يذ كراسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير منصورا بضاف تحقيق التنافي بين الكلامين تأمل تنق (قوله وما لك يخرج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما يذ كراسم الله عليه يشمل العمدة والتسيبان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولانا كواعمال يذ كراسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو أن كيدته عن الاستغراقية عن كل مترك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول التظاهر بما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يخرج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولانا كواعمال يذ كراسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادة في مثله أن يقول ما نلونا فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر تظيره هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فلا تظهر عندي أن يكون

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول ان يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وجل أمرهم على الصلاح لا الجور والحرمة لا تثبت بالشك

(ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطف يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلى الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهما الذبح والذبح بين الخلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلى وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحتمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الذكاة ما بين اللبسة واللجين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللجين وهو دليل ظاهر للامام الرستغني رحمه الله في حل ما بقى عقدة الخلق وما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا تسانده ولكن صرح في ذبايح الذخيرة ان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقة لا يحجل وكذلك في فتاوى أهـ لـ سـ ر قـ نـ لـ لا يـ ذـ بـ في غير الذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كآثرى ولان ما بين اللبة

واللجين يجمع العروق والمجرى فيحصل بالعروق فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلق والمريء والودجان واختلاف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالحقن والمريء وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلق والمريء وأحد الودجين رجوع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته اللسان عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليهما صواف قال (والذبح بين الخلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلى وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام ان الذكاة ما بين اللبة واللجين ولانه يجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلق والمريء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عاداته لان عاداته أن يقول لما نلونا فبما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما هنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولانا كوا عملنا بذكر اسم الله عليه فحدث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كآثرى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا ليقى انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ ألق وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا لورود الامر بقرئه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلفرق بينهما حيث قال فراء يفر به شقه فاسدا أو صالحا كفراء وأفراء انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما لأنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبب والفري قطع للاصلاح كما يفري الخرازا لا يتم انتهى فعلى هذا لا يتم قوله لم يكن كسر الهمزة هنا ليقى اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الايق والانسب ثمن صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفرى أيضا لأنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا يحجل لكسر الهمزة في الحديث لانه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون ألق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقرئه فلعله جرى منه

(٨ - تكمله فامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد أكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا لورود الامر بقرئه احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج وما تمة الاوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به هرق الروح وهو يقطع الخلق والمريء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الخلق والمريء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدوري مبدء

فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت قطع الحلقوم بالاقتضاه
وجوابه سيجي واحتج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بان المقصود من قطع الودجين اتهاار الدم فينبوب أحدهما مناب الآخر

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري
الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا بحيث
مالك ولا يجوز الا أكثر منها بل بشرط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الا كل وان قطع أكثرها فكذلك
عند أبي حنيفة) وقال لابد من قطع الحلقوم والمري وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر
الفقهاء في الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رجهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أى
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف وأولنا ترجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لا انفصالة عن غيره ولورود الامر بغيره
فعتبر أكثر كل فرد منها ولا ييوسف أن المقصود من قطع الودجين اتهاار الدم فينبوب أحدهما عن
الآخر أكل واحد منهما ما يجري الدم أما الحلقوم فيخالف المري فإنه يجري العلف والماء والمري يجري
النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهوانهاار الدم المسفوح والتوحية في اخراج
الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره
فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث واختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكره في
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الاوداج
ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري ولان
الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول رد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق
الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري اذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل بشرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر
الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج دلالة لها على الحلقوم والمري أصلا
وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجرا انتهى أقول ما ذكره في وجه
ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمري بأنه
جمع الاوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم
والمري فلا معنى بعد ذلك لجردني دلالة ما علم ما بل لابد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن
قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة جعل الاوداج على الاستغراق حيث
بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول
ليس هذا بشئ لان ما سيجي من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وان اقتضى جعل الاوداج
على الاستغراق الا أنه لا يقتضى أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

اذ كل منهما يجري الدم
أما الحلقوم فيخالف المري
فان المري يجري العلف
والماء والحلقوم يجري
النفس ووقع في بعض
النسخ بالعكس وليس بجيد
فلا بد من قطعهما وهو
قريب وجوابه سيجي
واحتج محمد رحمه الله بأن
كل فرد منها أصل بنفسه
لا انفصالة عن غيره ولورود
الامر بغيره والاكثر يقوم
مقام الكل فيعتبر أكثر كل
من الامور الاربعة وهو
أقرب كما ترى واحتج أبو
حنيفة رحمه الله بأن الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير
من الاحكام وأى ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل
بها وهوانهاار الدم المسفوح
والتوحية أى التحميل في
اخراج الروح لانه لا يحيا
بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام وبهذا يحصل
جواب أبي يوسف

(قال المصنف فيثبت قطع
الحلقوم باقتضائه) أقول
فيه بحث لان المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره
في تعليل أبي حنيفة جعل
الاوداج على الاستغراق
حيث بنى تعليله على قيام
الاكثر مقام الكل فثبت

ينبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أى بقطعها على
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أى التحميل بالماء المهمة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام)
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه
الالف واللام وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراد حقيقة والانصراف الى
الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان
الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

الاكثر فكانه لم يقطع شيئا
وربما لوح الى هذا بقوله
احتياطاً لجانب الحرمة
قال (ويجوز الذبح بالظفر
والقرن والسن الخ) الذبح
بالظفر والقرن والسن
المنزوعة جائز مكره وأكل
الذبح بها لا بأس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما نهر الدم وأقرى
الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهم امدى الحبشة
استثناها بالاطلاق عما
يجوز أكله فيتناول الحرمة
بالمزوع والقائم ولان الذكاة
فعل مشروع وانهار الدم
بها مطلقاً غير مشروع فلا
يكون ذكاة تغير المزوع
ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام أنهر الدم بما شئت
ويروى أفرأى الاوداج بما
شئت وهو باطلا لانه يقتضي
الجواز بالمزوع وغيره
الأناتر كنا غير المزوع عما
رواه الشافعي فان فيه دلالة
على ذلك وهو قوله عليه
السلام فانهم امدى الحبشة
فانهم لا يقطعون الاظفار
ويحدون الاسنان
ويقاتلون بالحدش والعض

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان
الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطاً لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن
والقرن اذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبح ميتة
لقوله عليه السلام كل ما نهر الدم وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهم امدى الحبشة ولانه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر
الاوداج بما شئت ومارواه محمول على غير المزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضاً اقتضاء كما ذكره
ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أغنى
العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين
فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معازاة زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحمزا عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعاً في الذكاة أولى عند
أبي حنيفة أيضاً بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة
مما يجب الاحتراز عنه على ما تقر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع
الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الف واللام
وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحتها ليس
أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعدد ذبحه على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول
ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حل ههنا على الجنس حتى
يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحتمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعدد
ذبحه على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراد حقيقة لان اطلاقه
على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحتها
من أفراد حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحل على الجنس ههنا فلا ينتج عليه الايراد المذكور أصلاً (قوله
وقال الشافعي المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما نهر الدم وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانهم امدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه
في البعض فان القرن أيضاً داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل
المذبح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن بقي ما عداه ما في حكم المستثنى منه
(قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه
محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكره فهو مسلم ولكن لان لم يكن ذكاة
حينئذ بل هو أيضاً أول المسئلة فانه مكره عندنا ولكنه ذكاة يجوز كل المذبح به كما أفصح عنه
المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

وهذا معنى قوله ومارواه محمول على غير المزوع

(قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لان لم يكن ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعدد ذبحه على الاستغراق وههنا ليس
كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراد أي ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أي ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آله جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أن أنهار الدم بالطفر والسن المزوعين غير مشروعة فإنه أى كل واحد منهم آله جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والجرح والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قسرها

(٦٠)

بالثقل فيكون في معنى

ولانه آله جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالجرح والحديد بخلاف غير المزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة وانما يكره لانه فيه استعمال جزء الاذى ولان فيه اعسار على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروءة وكل شئ أنهار الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان الذبوح به مأمية لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنهما مسميتان لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاج في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول بكره ولم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعهما ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميمها موتات هلا حداثتها قبل أن تضجعهما قال (ومن بلغ بالسكين الضاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والضاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تضح الشاة إذا ذبحت ونفسه ما ذكرناه وقبل معناه أن يحد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجرم ما يزيد به رجله الى المذبح وأن تضح الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد لآلم فلا يكره الضع والصلح إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة ألام قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة ألام من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبيحة وما توحش من النعم فذكاة العفرو والجرح) لأن ذكاة الاضطراب انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تزدى من النعم في بستر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار)

بالثقل فيكون في معنى المتخفة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميمها موتات قبل انما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان الذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة تمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألام لا يحتاج اليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدمر أن الذبح الاضطراب يدل عن الاختيار فلا يصير الى الاول قبل العجز

لشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب الخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقصها انما ذلك الخاع بالباء يكون في القفا ومنه يجمع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالجمع أبلغ من التجمع انتهى وذ ك صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذ كرماد كره هنامن عند نفسه حيث قال فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الراد المذ كور مردود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاؤه مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشامو اللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على

لما

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب الى قوله وما ثم شئ يسمى بالخيوط أصلا) أقول وفي القاموس الخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

لا يحل الاكل بذكاة
الاضطرار في الوجهين)
يعني ما توحش وما توردى لان
ذلك نادر والنادر لاحكامه
قلنا لان سلم الضرورة وان
كانت فالمعبر حقيقة
العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري

وكلامه واضح والتحرر قطع
العروق عند الصدر والذبح
قطعها تحت اللجين
والمسحب في الابل الاول
وفي غيره الثاني والعكس
يجوز ويكره لما ذكر في
الكتاب (وقوله لمعنى في
غيره) أى في غير الذبح وهو
ترك السنة (وقوله أشعر)
معناه نبت شعره مثل
أعشب المكان وكلامه
واضح خلاه لم يجب عن
الحديث الذي استدلاله
لانه لا يصلح للاستدلال لانه
روى ذكاة أمه بالرفع
والنصب فان كان منصوبا
فلا إشكال أنه تشبيه وان
كان مرفوعا فكذلك لانه
أقوى في التشبيه من الاول
عرف ذلك في علم البيان
قبل وما يدل على ذلك تقديم
ذكاة الجنين كما في قوله
وعيناك عيناها وجسدك
جسدها * سوى أن عظم
الساق منك دقيق

فصل فيما يؤكل
ومالا يؤكل

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعبر حقيقة
العجز وقد تحقق فيصار الى البذل كيف واننا لم ندركه بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا نبت في الصخر أفد كآها العقر وان نبت في المضر لا تحل بالعقر
لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المضر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لانها
يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان نداه في المضر فيتحقق العجز والصيل كالنداء كان
لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل كما قال (والمسحب في الابل التحرفان
ذبحها جازيكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان فخرهما جازيكره) أما الاستحباب فلموافقة
السنة المتوارثة والاجتماع العروق فيها في المضر وفيها في المذبح والكرامة لخالفه السنة وهي لمعنى في
غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال (ومن فخرنا فة أو ذبح بقرة فوجدي
بطنها جنيتم ميتا يؤكل أشعرا ولم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما
الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله اذا تم خلقه كل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة
الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها
ويتنفس بنفسها وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جرا منها
فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته
بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية
له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميزن الدم والعم لا ينحصر بجرح الام اذ هو
ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاف حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا
في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحري الجواز كي لا يفسد باستغنائه ويعتق
باعتاقها كي لا يفصل من الحرمة ولدرقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور)
لان النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من
السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف اليه ما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كلمتي كتب الطب فان أراد بقوله ومائة شئ يسمى بالخط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة
التي ذكرها شئ يسمى بالخط فهو مسلم لكن لا يجدي شئاً اذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الاعضاء
المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخط أن لا يكون النخاع خطا وان أراد به أنه
ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع
من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح
الجهوري فانه قال فيه وهو الخط الأبيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع
مثلثة الخط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجتميم الى غير ذلك من
معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول
ذالمقصود الاصل من شرعية الذبائح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه
في الذكر (وقوله من السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف اليه ما فيتناول سباع الطيور والبهائم
لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه في الذكرك وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع
ليبنى على ذلك

قوله (كي لا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنبابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والنعلاب) لان لهما نابا يقتلان به فلا يؤكل لجهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتها فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيده فقال نعم فقيل أيؤكل لجه فقال نعم فقيل أنى سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٣) فقال نعم فلا يكون حجة أجيبت بأن حديثنا مشهور ولا يعارضه حديث جابر ان

صح وقد قيل انه كان في الاستدعاء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الغنثايت وابن عرس دويبة والرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسرى الخلقفة والغنثايت ما لا يصيد من صغار الطيور وضعافه وأما الغراب الأسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيط لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثا عاده وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كاللجاج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح لان النبي صلى الله

والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاداة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كي لا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالا كل ويدخل فيه الضبع والنعلاب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتها والجيف ذنوب فيكره والبرقع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل الرخم والغنثايت لانهم ما يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقق (لانه يخلط فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والنضب والسلفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما النضب فلان النبي عليه السلام هي عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتشبه هذا التقرير ولو همت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب بما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليه معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأكل أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل من البيانين قيد المسافر به من أحد النوعين مذكورا بازا لا آخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاداة) قال السراج الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل محتطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل محتطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والغنثايت لانهم ما يأكلان الجيف) الرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يقع يشبه التسرى الخلقفة يقال له الاتوق كذا في الصحاح والغنثايت طائر أبغث الى الغرب تدوين الرجة بطي الطير ان كذا في الصحاح أيضا معزى الى ابن السكيت وقال في القاموس الغنثايت مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جهور السراج هنا الغنثايت ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كلفه صافير ومحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لجه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لجه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذباح من فتاوى قاضخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالغنثايت المذكور في الكتاب ما فسر به لزم

عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذنوب وهي

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل محتطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والغنثايت ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لجه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقق فعلى هذا لا يصح قول السراج ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأثنى ثابث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قوي فأخذ نفسه تعافه فلا أحاله ولا أحرمه وحدث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على ما نذر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبج إذا تعارض يرجح الحاضر على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الجوارح الأهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي إلى إباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبها بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لأحد فيما أوحى إلى محرم الآية وبحديث غالب بن أبيجر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من ماله إلا حيرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بحمل أكل الوحشي وهو ضعيف أما الآية فلما كان يكون قبل حرمه لحم الجوارح والدليل على ذلك حرمة الأشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا يعم مؤول بكل غنما وأما الاستدلال فلا من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الجوارح الأهلية قائم فبطل القياس قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول (٦٣) قال العلامة السكاكي أي لأن الضب

من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول فيه كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلما كان يكون قبل حرمه لحم الجوارح) أقول والدليل عليه أن سورة الأنعام مكينة وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولا يبيح حرمه الله قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في إباحته والزيتون من المؤنثيات والسحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية له شيء وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الجوارح الأهلية والبغال) لما روي خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدى من المتعة وحرم لحوم الجوارح الأهلية يوم خيبر قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجوارح الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يبيح حرمه الله قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ما بالان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما قسره الشراح به هنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزى إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضا بمصر ترشد (قوله وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية

الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً ان لا يقصد منه غيره أصلاً ويدل عليه أن الآية مكينة وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجوارح الأهلية حرمت عام خيبر انتهى قال السكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة الخصوصية فلا يستقيم هذا لأن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أمالو قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فسلم لكن غيره يسد مسددها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسدده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهمان الغنمة كالأدنى فينبذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ومنفعة الاكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمه على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسدده في تعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فنقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركوباً منتفعاً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

ويتن بأذناها ولأنه آله أرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب به بسهم في الغنمية ولأن
في إباحته تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح لأعزهم ثم
قبيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولا بأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشواً وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالآكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الحيف
فأنسبه الطي قال (وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الأديم والخزير) فإن الذكاة
لا تعمل فيهما أما الأديم فحرمته وكرامته والخزير نجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بدون الأصل وصار
كذبح المجوس ولأن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة ودون ذات الجلد
واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوس إمامة
في الشرع فلا يدمن الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له ول
يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبار الأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه ولبه الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال
مالك وجاعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن
الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحمل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذا الدموى

أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طيب
لمريض لأم كل لحم البعير يتناول منه كل أفرادها انتهى واقتنى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لأن
الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات أغما هو من قبيل أن
ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً لا من قبيل
أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذاك
الشارح فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه أغما تكرر الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في
كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس
لاشترائه كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم ينشأ في إثبات
كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث
فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح
لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى
أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في
هاتيك المسئلة منحصر في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس
كذلك بل المروي عنه فيها لفظان أحدهما لا يعين أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف الفريقين على اختلاف اللفظين المرويين عنه كما
صرح به الشراح فاطبة حتى الشراح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذكور ومبنى
اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روي عنه رخص بعض العلماء
في لحم الخيل فأما أنا فلا يعين أكله وهذا يلوح إلى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على
التحريم على ما روي عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

ويتن بأذناها بأنه ترك ذكر
الحمل عليه فينبغي أن لا يحمل
الحمل عليه وهو فاسد فإن
السلام في أن ترك أعلى
النعم والذهب إلى مادونه
دليل حرمة الأعلى والحمل
ليس كذلك وقوله (والاول)
يعني كون الكراهة
للتحريم (أصح) لأنه روي أن
أبا يوسف سأل أبا حنيفة
رحمه الله إذا قلت في شيء
أكرهه فما رأيك فيه قال
التحريم ومبنى اختلاف
المشايخ رحمه الله في قول
أبي حنيفة رحمه الله
على اختلاف اللفظ المروي
عنه فإنه روي عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل
فأما أنا فلا يعين أكله
وهذا يلوح إلى التنزيه
وروي عنه أنه قال أكرهه
وهو يدل على التحريم على
ما روي عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء إلا السمك)
واضح

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلاو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئا القاء في الماء لتأكل منه فانت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحر والبرد روايتان) احدهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كالموت فكلوا القاء الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لاحدود كشيخ الاسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبيحة خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحي وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك فلنا قوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما لا يحول على الاصطباد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكب والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لاطلاق ماروينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروي جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلان كلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا مامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر وله ذابيح على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائرته والحجة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذها الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كاهه وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لا ناخصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى وعند التاميل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فأتى بحل كل ما بين وما بين لان موته بآفة وما بين من الحي وان كان ميتا قبله حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أعتنم أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يمتشي على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكب والانسان كما مر ذلك أيضا ادعى ذلك القول بالزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على القطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لاطلاق ماروينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكمله ثامن) والياء وسبقت احدهما بالسكون فقلب الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الاصحى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية (قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطيف في كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا مامات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الاول أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

وهذا باوأضحية وأضحى كارتاة وأرطى وقال الفراء الأضحى بذ كرو يؤث في الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى وشرائطها استد كرفي أننا الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الأضحية تكرر بتكرار الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لأن الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه (٦٦) وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة لأضحية في أول

يوم النحر وإيضاح حق مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن تصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الأضحية فلو كانت بالقدرة المبصرة لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة (قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا لافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقة لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مناقشة هي أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذا قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الفعل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تغيير الداعي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخل في مفهوم شيء يصير ذاتا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل نقف ثم ان بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحى انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العنابة ومعراج الدراية الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحى انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحى وغيره وانما هذا معنى الذي لا مطلقا ولا شك أن الأضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما مشاهير عا فالأضحية اسم حيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والماعز بسن مخصوص وهو النحر فصار هذا من هذه الأنواع الأربعة والجدع من الضأن يذبح بنسبة القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى وعند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العنابة وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى انتهى أقول يراد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لاعتنا ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الأضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحى بنسبة القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسماحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذكور نفسه وهذا كما قيل في تعريف

مخصوص للابنة قض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته المح قال أعكسه (قوله اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الحج) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشترى اهالها ولم يضع حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحيث اذا ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مبصرة فذلك لا اشتراعية الأضحية لا القدرة فلين تأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والام تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم النحر وسبق قول انما شبه الزكاة من حيث انما تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كإزالة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كما صرح في أن المعتبر فيها هو القدرة المبصرة

والعشر والخارج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من إقامته تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الإبل تلك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لأنها وظيفة مالية تنظر إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة (٦٧) الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب

التبليك وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالأعناق والمضحي أن تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التبليك والاتلاف بآفة الدم وإن لم يتصدق حصل الأخير وأما حكمها فالخروج عن عهدته الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم فأنما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ثم نسخ

(قوله لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وأحمد والرواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكراً في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يصحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لو جبت على المسافر لأنهم لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن قوله حيوان مخصوص يعني عن ذلك القيد الآخر فإن المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الأنواع الأربعة الأبل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضاً وهو التي فصاعداً من الأنواع الأربعة المذكورة والبدن من الضأن وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره لكان أظهر لكنه سلك مسلك الأجل اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الأتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الأداء أما شرائط الوجوب فالسائر الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الأداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الآن في حق المقيمين بالأمصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو مبسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعه أما الأول فأقول وبالله التوفيق إن سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به إذاً الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً وكذا إذاً لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره في وقت ظاهر وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الإضافة في الاضحية لم توجد في حق المال إلا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سبباً انتهى أقول فيه نظر لأن الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً لشيء واحد أخيراً قد تقرر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلاً إلى السبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلاً إلى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلاً إلى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلاً إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع التقيضين وعن هذا فالوقت في الصلاة أن الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

الفطر ليس بل يصير الموصوف به أهلاً لا غناء إذاً لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فإن قلت المراد من الإغناء الإغناء عن المسألة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قامت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لأن من لم يتصف به يكون أهلاً لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها التناهي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة المبسرة في باب حسن الأمور به من كتب الأصول فراجع

قال في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن المוסرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة المبسرة لكان دواها مشروطا بكافي الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أبني ما يمكن به المروءة من اقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الاعمال النصاب فدل أن وجودها بالقدرة المبسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كافي صدقة الفطر وهذه الاتهام وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحررية فيشترط فيها الغنى كافي صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتفاق والمضحي ان تصدق بالجمع فقد حصل النوعان أعني التملك والاتلاف بآرافة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقرا حين اشتراها لم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مبسرة فذلك لا يشترط بنية الاضحية لا للقدرة فليست تأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ إذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة المبسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيهان وهي أن الموسرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتضى أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة المبسرة لكان دواها مشروطا على ما تقر في علم الأصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلة في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا فبعد أن تقرر أن علة في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحاً على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا المبسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصديق بعينها لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجي في الكتاب مفصلاً وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضاً بشئ لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضي الوقت لاسقوطها بالكلية في حق المقيم أيضاً فان الاداء وهو تسليم عن الثابت بالامر بفوت بعض الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقاً لان الوقت شرط لادائها على ما عرفت في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما الثابت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضاً مما عرفت في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالغدية للصوم وثواب النفقة للرجوع وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقتها بآرافة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بقيتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة في يوم النحر فان التضحية بآرافة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما التي يلزم بعده قضاؤها وانما يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن الاختصاص

(والوجوب هو المقتضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعتراض بأن السنة أيضاً تقتضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يقتضي اليأس لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد عرفت الفرق بين ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمع عند زيادة عن الماء التي لا تبلغ قيمة الضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الضحية وهو أقوى حرجاً من زيادة عن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوأ به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقر بن مصلاً ناومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا تنافرية يضاف إليها وقتها يقال يوم الاضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المقتضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقتضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيمة لا غيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انما تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كإزالة النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن الاعتبار فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الاضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بهدمها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمة كما مر بيانه ووجه ذلك ما نقرر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقفات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما ثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطأ حقيقة لانه في ذلك إلا أن ياتم بالترك لا قبله حتى إذا مات في الوقت لاشئ عليه والاضحية من هاتيك الموقفات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها التقرر سبب وجوب أدائها اذ ذلك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمة بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقفة كإتص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لا اعتبار بالقدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها البقاء الواجب لئلا يتقلب إلى العسر كما عرفت في أصول الفقه فالو كان الاعتبار في الاضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومزاد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لافي السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كإزالة النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصرح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقر بن مصلاً ناومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضع هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانهم سنة أيكم إبراهيم وإنا بآبائكم وعمرى رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقر بن مصلاً ناوم (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت النافسة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل كل وأطعم وهي منسوخة بالأضحية وعرض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم اغبر فرض

وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الأزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بأنهم كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما رويانا) إشارة إلى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنتين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والأصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل) أي الصغير من الأضحية

على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تأدى إلا بالملك والمال هو الحر وبالإسلام لكونه افرقة وبالاطامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الموم والوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنتين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس عونه وبلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قوله جميعا لان هذه القرينة تأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والأصح أن يضحى من ماله وبأكل منه ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم اغبر فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الأزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بأنهم كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بأنه مشترك الأزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمر او كان الأمر للوجوب وجاز أن يحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي نعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الأزام قط فالعواب في تقريره الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال فيه بحث فانه روي الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لالدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص

التي هي من ماله (ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه) كالغريبال والمختل كافي الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله وقبل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد وأما في الجمال فليس له إلا أن يطعم أو يأكل (قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روي الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد

منهم شاة) كلامه واضح
قوله (وكذا اذا كان نصيب
أحدهم أقل من السبع
لا يجوز) كما اذا مات وتراة
امراة وابناو بقرة فضيا
بها يوم العيد لم يجز لان
نصيب المرأة أقل من السبع
فلم يجز نصيبها ولا نصيب
الابن أيضا وقوله (يجوز
في الاصح) احتراز عن قول
بعض المشايخ رحمه الله
انه لا يجوز لان لكل واحد
منهما ثلاثة أسباع ونصف
سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذا لم يجز
البعض لم يجز الباقي ووجه
الاصح ما ذكره في الكتاب وبه
أخذ الفقيه أبو الليث
والصدر الشهيد رحمه الله
وقوله (الا اذا كان معه شيء
من الاكرع والجلد) بأن
يكون مع أحدهما بعض
اللحم مع الاكرع ومع الآخر
البعض مع الجلد صرفا
للجنس الى خلاف الجنس
وقوله (اعتبار بالبيع) لان
في القسمة معنى التملك فلم
يجز مجازفة عند وجود القدر
والجنس وقوله (وقد
أمكن) يعني دفع الحرج
لان بالشراء للضحية لا يمتنع
البيع ولهذا واشترى
أضحية ثم باعها واشترى
مثلها لم يكن به بأس وقوله
(لما ينأ) أراد به قوله لانه
أعدها للقرية فيمتنع عن
بيعها الى آخره

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو يذنه عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن
واحد لان الادراة واحدة وهي القرية الا أن تركناه بالاثرو وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال
نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل
القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة كره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فمن
دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذ بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل
من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال
مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها
لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعشيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعشيرة ولو كانت البدنة بين اثنين
نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقساموا جزا فلا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكرع والجلد
اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز
استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمتنع عن بيعها متولا والاشترى
هذه صفته ووجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطلمهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفع الحرج وقد أمكن لان بالشراء للضحية لا يمتنع
البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراء بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر
أضحية) لما ينأ وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة
ولا أضحية

الوجوب بالحريه فبصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحية لانها أي
الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيقول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في
العلة اختصاص الاضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا
نقول لامعنى اختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذا لاشك في امكان عمل
الضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم
المذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه له هذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله
وانما اختص الوجوب بالحريه الخ والتقييد بالحريه لانها ماله ماله ماله مفتقرة الى الملك والحريه هو المالك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا
مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحريه وانما اختصه
القدوري في مختصه بالحريه على أن يكون كلمة اخص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده
هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية
بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فينبغي تبصير معنى الكلام
في هذا المقام بمنزلة اللغوفان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله
باختصاصه بالحريه وبالاسلام وبالاتامة وباليستار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المين والمعلل
هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

(قوله ولهذا واشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه ومارو ينه حجة على مالك والشافعي رحمه الله في نفيها الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التحجيم أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالكاهن بهلاك النصاب فيعتبر في المصر في مكان الحل لا مكان الفاعل اعتبارا بهما بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأ استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحي قبل الصلاة في المصر لا يجزئه لعدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا الاشكال لان الحديتين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيئا منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة في أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فلا إشكال باق لانه اذا لم تنأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فبمعنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق أهل الامصار أيضا وماترة ذلك والظاهر أن مرة كون وقت ما وقت الواجب حجة أدل ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في نحر يوم هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخر قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في مثله وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخر قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليهم ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها الأول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جملة عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأ استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأ استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد لا يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة

وقوله (ومارو ينه حجة على مالك والشافعي رحمه الله) اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقة يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعنه على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأ استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون في العبد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها البلتان المتوسطتان لاغير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطولوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويقوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تسع للأيام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصديق (بمن الاضحية) أما في حق الموسر

(٧٣)

فلا نراها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثلث تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جماعين التقرب بآراقة الدم والتصدق والآراقة قرينة تقوت بقوات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاق لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تقوت بخلاف المكى فان الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه) بأن عين شاه قد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية (وان كان) من لم يضح (غنيا)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روى عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وبقية قاله سماعة بن الأبي لا يمتد إلى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل للمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل عضي بأربعة أولها ونحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصديق بمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض ففضل عليه ولانها تقوت بقوات وقتها والتصدق يوقى بها في الاوقات كلها فتزالت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

من وجه فوقه الشك في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والالم يحز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يتوكل به القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهم ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالانفراد صار منزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكلمه ثامن) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها

أول بعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا)

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بقوات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فأذا فات وقت التقرب بالاراقة) والحق (٧٤) مستحق (وجب التصديق) بالعين أو القيمة (أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد

قواتها أظهر أو الصوم بعد
الحجز فدية) والجامع بينهما
من حيث أن قضاء ما وجب
عليه في الأداء يجنس
خلاف جنس الأداء
قال (ولا يضحى بالعماء
والعوراء) هذا بيان
مالي يجوز التضيعة به
والاصل فيه أن العيب
الفاحش مانع واليسير غير
مانع لأن الحيوان قلما ينجو
عن يسير العيب واليسير
مالا أثره في لجهاء العوراء أثر
في ذلك لأنه لا يصير بعين
واحدة من العلف ما يصير
بعينين وقلة العلف تورث
الهزال والحديث المذكور
دال على ذلك والعرباء البين
عرجها هي ما لا يمكنها المشي
برجلها العرجاء وانما تشي
بثلاث قوائم حتى لو كانت
تضع الرابعة على الأرض
وتسعين بها جاز والعجفاء
التي لا تنقي هي التي ليس
لها نقي أي مخ من شدة الجحف
وبقية كلامه واضح

(قوله والحديث المذكور
دال على ذلك) أقول أشار
بذلك إلى قوله والاصل
فيه أن العيب الفاحش
مانع الخ (قال المصنف وإن
قطع من الذنب أو الأذن
أو العين) أقول اطلاق
القطع بالعين لعله بطريق
التغليب (قال المصنف
فاعتبر كثيرا) أقول الذي
يعطى له حكم الكل هو

الاكثر لا الكثرة فلا يتم التقريب

فأذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد
الحجز فدية قال (ولا يضحى بالعماء والعوراء التي لا تشي إلى المنسل ولا العجفاء) لقوله عليه
السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمراد بوضه البين
مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه
السلام استشرفوا العين والأذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود
فصار كالأذن قال (ولا التي ذهب أذن أو ذنبها وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن
لا كثر حكم الكل بقاءه وذهابها ولا أن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفاوا واختلفت الرواية عن
أبي حنيفة في مقدارها لا كثر في الجامع الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث
أو أقل أجزاءه وإن كان أكثر لم يجزئه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد
لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربيع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة وروى
الثلث أقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر
من النصف أجزاء اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة واختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف

هو التصديق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فإن الحكم هذا هو
التصدق بقيمة إلا التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وإن كان غنما تصدق بقيمة شاة اشترى
أول يشتري (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر
والصوم بعد الحجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المجل فآذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق
مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد
الحجز فدية والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى
ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ومراد
المصنف التصديق بالقيمة لا غنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذلك لما سقط أن لا يلائم الاعتبار
بالجعة والصوم لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله
والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي
فطنة أن هذا المعنى مستحق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس
من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم إن كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فإذا فات الوقت
وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة لا غنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن
المصنف جدا إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما إذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد
اشترها بنينة الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن
مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين والقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق
بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعماء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية
شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد إذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل
ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالعماء والخصي والثؤلام إلى آخره
والذي ذكره فيما قبل إنما هو وصفة الاضحية من الوجوب والسنية وشراؤها من الحرية والاسلام ونحوهما
ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبسطة وأول وقت الاضحية
وعسدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حقه من قبل ولعل
صاحب العناية ندركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضيعة به ولا يتعرض لذكر
ما يجوز التضيعة به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدارها لا كثر الخ) أقول تطبيق هذه

قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا مادونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأ بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الامح ما فيه ملح وهو يشبه شعيرات سود والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فانه اذا نقص

بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لان نقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالسراة وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه بالسراة وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا يصير واجبة بالسراة بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النسواد وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الانحياض للذبح كان

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كافي انكشف العضوي عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأت من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وتقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأت من مكان أعلم عليه ثم تنظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذبح الثلث وان كان نصفان فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان الجماء أطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحي بكبشين أمحيين موجهين (والشواء) وهي الجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يحل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت صميحة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانه نقص وأما الهناء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه ان يبقى ما يمكنه الاعتلاف به أجزأ لحصول المقصود والسكاه وهي التي لا ذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز نعيم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشترها سليمة ثم تعيت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالسراة فلم تعينه به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعيت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كافي نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرق فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احدها وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعهما فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأ استحسانا) عندنا خلافا لفرقوا والشافعي رحمه الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانت حصل به اعتبارا وحكما (وكذا الوتعيت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدام الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئله الكتاب مشكل لان عبارته لاكثر اذنها ذنبا بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء السابق منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلثه اربع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فسلان الاكثر من الثلث اذ لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر عاقله من مسئله الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئله

الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تأدي الواجب بالتضحية لا بالانحياض وهي معيبة عندها فصار كالموت كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدام الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر (قوله من يابذ كرا الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بقهرها من النبي عليه السلام
لهامسة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جرزوها وله ذاتي تبعية في الرق والحرية وهـ ذالان المنفصل
من الفصل هو المأخوذ من غير محل (٧٦) لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بقهرها من النبي عليه السلام
ولامن الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله التي فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ)
لقوله عليه السلام ضحوا بالنبايا الا ان يصير على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام
نمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهـ اذا كانت عظيمة بحيث لو خاط بالثنيان يشبهه على الناظر
من بعيد والجذع من الضأن ماتت ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر
والنبي منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن ستمين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الحاموس
لانه من جنسه والمولودين الالهى والوحشى يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على
الشاة يضحي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحيوا بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها
عنه وعنكم أجرا هم وان كان شريك السنة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه
أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصدا للكل القرية وان اختلفت جهاتها كالاضحية
والقران والمتمعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية
عن الغير عرفت فربة لا ترى أن النبي عليه السلام ضحي عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه
الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافي ما إذا لم يقع البعض قرية والاراقسة لا تجزأ
في حق القرية لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية
عن أبي يوسف لانه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت لكان يقول القرية قد تقع عن
الميت كالتصدق بخلاف الاتفاق لان فيه الزام الولا على الميت (فلو بذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد
جاز) لما بينا أنه قرية (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغیر ذن الورثة لا تجزئهم) لانه لم يقع بعضها
قرية وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قرية قال (وبأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء
ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتمكم عن أكل لحوم الاضحية فكلوا منها واودعوا ومتى جازأ كله وهو
غنى جازأ بؤكاه غنما قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

فاعتبر بها قوله (لكن
من شرطه أن يكون
قصدا للكل القرية) لان
النص ورد على خلاف
القياس في ذلك فان قيل
النص ورد في الاضحية
فكيف يجوز مع اختلاف
جهات القربى كالاضحية
والقران والمتمعة قلنا اعتمد
على ذلك زفر ولم يجوز عند
اختلافها لكان يقول اذا
كانت الجهات قربا بالتحديد
معناها من حيث كونها
قرية فجاز الاطلاق بخلاف
ما اذا كان بعضها غير قرية
فانه ليس في معناها واذا
بطل في ذلك بطل في الباقي
لعدم التجزئ وقوله (لما
بيننا أنه قرية) يشير الى وجه
الاستحسان وفي القياس
لا يجوز لان الاراقسة لا تجزأ
وبعض الاراقسة وقع نقلا
أو لحما فصار الكل كذلك
ولم يعكس لان الواجب
قد يتقلب تطوعا بخلاف
العكس والاراقسة قد نصير
للحوم مع نية القرية اذا
لم تصادف محلها وكانت
في غير وقت الاضحية
والاراقسة للحوم لا نصير
قرية بحال قال (وبأكل
من لحم الاضحية الخ)

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجهه رواية الاكثر من
الثلث وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي
والا بعدوا المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة
حينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئله الكتاب قلت شرط استعمال
صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارضة عن الام والاضافة ومن كما تقر في موضعه
وفي عبارة مسئله الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجزئها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن
أعضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان لا أكثر حكم الكل بقائه وذهابا على تقدير
أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقائه وذهابا لزم أن يعتبر الاذن
والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه
كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيسألزم جمع
الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

الاضحية اما أن تكون مندورة ولا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان

كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فلعليه
قيمة ما أكل

لماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغراب ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول والحم غزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد بالدرهم وبما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بتمنه لان القرية انتقلت الى يده وقوله عليه السلام من باع جلد أخته فله فلا أخية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجر الجزاء من الأضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدها وخطامها ولا تعط أجر الجزاء منها شيئا والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أخته وينفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم إقامة القرية بجميع أجرائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القرية بها كافي الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كافي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أخته بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أخته منك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكفاي) لانه عمل هو قرية وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقرية أقيمت بانابته ونسبه بخلاف ما إذا أمر المحوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان أفسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أخته إلا أخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أخته غيرة بغيره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمته ولا يجزئ عنه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعيتها للأضحية

ثلاثة الأكل والادخار لماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز فانقسم عليها أثلاثا أقول لقائل أن يقول الأمر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الأصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتنامل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أخته فلا أخية له فانه يتناول باطلا فبيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقر في أصول الفقه فليتنامل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فان الدرهم مما لا ينتفع بعينه أصلا أي لا مع بقائه ولا بعد استهلاكه وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذلك بطله وأما ثانيا فلا ندم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبديل لان البديل حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا لأن آثار كمال القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجر الجزاء منها فإذا أعطى أجر الجزاء منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناه دلالة لأنها تقوت بضئ هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يقوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضجعا لما عينه وكونه معجلا به فغير تضببه ولعلنا نأرجحهم الله من هذا الجنس مسائل استثنائية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن خنطه أو رفع جرتة فأنكسرت أو جمل على دابته فغطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكافون والحطب تحته أو جعل الخنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو جمل على دابته فسقط في الطريق فأوقده والنار فيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فأنكسرت فيما بينهما أو جمل على دابته ماسقط فغطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسننا لجود الأذن دلالة إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غسيرة بغير إذنه صريح في مخالفة زفر بعينها ويتأق في القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما ما سلوخة من صاحبه ولا يضمه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإذا كانا قدأ كلا ثم علما فلجل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهم ماله لو أطمعه في الابتداء يجوز أن كان غنيا فكذلك أنه لم يملكه في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما ما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كالمبيع أضحية وهذه الآن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أناف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحي بها ضمن قيمتها وأجاز عن أضحيته)

عليه غيره انتهى وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخيل والابازير على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم وقد تقررت في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدرهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها أنه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد فأعظم مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عيني الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه كما مر وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من منافع البيت كالحراب والمخل لأن البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان المبديل فاعلم معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم والدنانير لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد فاعلم معنى انتهى (قوله فصار كالمبيع أضحية) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فساو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترح مضئ أيام لنحر تصدق بثمنها كاله انتهى أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جذا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الأولى اشتري غيرها بثمنها واعتبروا والتصديق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضئ أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف أي كالمبيع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به إلا باستملاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أناف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أناف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا يعني أن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أناف لحم أضحية صاحبه كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

(حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما إذا كان المضحي فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيما إذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخنا رحمه الله وقوله (فصار كالمبيع أضحيته) يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترح مضئ أيام النحر تصدق بثمنها كاله وقوله (ومن أناف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وإن تشاحا يعني أن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أناف لحم أضحية صاحبه كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها بسابق الغضب) يعني فكانت التضحية وارذ على ملكه وهذا يعني في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لاننا نقول الاراقة ليست من المملوك لانهم ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحه ويستند الى وقت الغضب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية

(قوله لاننا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلا يثبت الملائكة الابعاد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاة أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاشجاع وشهد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغضب كما تقر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاشجاع وشهد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع في كتاب الغضب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات

لانه ملكها بسابق الغضب بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له الابعاد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجه فان قول المصنف فان تشاحا لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة له مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لما في التوجيه المذكور وقد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وأن تشاحا وضم اليه نال مغاير لما في المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصارت تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحكم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان الحكم له بما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وأن تشاحا لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة له فعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان الحكم الذي ألتفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه من تضمن صاحبه اياه قيمة له وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان الحكم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية الا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بجرصوها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكبش وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظم الشهيدي والمبسوط والحديث والخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القهستاني في مختصره والامام قاضخان في فتاواه وكذا وقع في الحقة والتممة والاباح والكل وجهة هو مولها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما فحشه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنتز لا امام الزيلعي ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الناضل المحشي يعقوب باشا عن أشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال ان الغضب وان وجد بعد مقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاشجاع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغضب الا بالذبح بخلاف الغضب ابتداء فان الغضب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نصاً أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله بكمه لحوم الاذن والبيانها وأبوالا بل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوالا بل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرهاً وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهية ليست بضد للأرادة عندنا فإن الله تعالى كره الكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يحب لهما وإن كان الكفر والمعاصي بأرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشريعة فاهو مذكور في الكتاب (قوله قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشريعة في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهية تحريم وأما كراهية المكروه كراهية تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكرنا في الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها نرى كذا التعرض لها بما في تضاعفها من الاختلال كراهية الألبان (قوله قال أبو حنيفة بكمه لحوم الاذن والبيانها وأبوالا بل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوالا بل) قال جماعة من الشراح خص الاذن مع كراهية لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الألبان عليه إذ اللبن لا يكون الا من الاذن انتهى يعنون أنه لو قال نكروه لحوم الحمر والألبان الرجوع الضمير في الألبان إلى الحمر المذكور فيها قبل وذلك يعم الذكور والانات فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الضمير الرجوع إلى مطلق الحمر على ما قبلها لأن الألبان لا تتصور في ذكور الحمر وإنما تتحقق في أنثاهما التي هي الاذن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضاً بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فقد قطعت عن كلامهم موازنة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وإنما خص كراهية لحم الاذن بالذكور ولم يذكر كراهية لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لأنه لما عنون الفصل بأنه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضها منتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئاً فيما نحن فيه أصلان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير مختصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضاً فيصيح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلها أو ذكر معها غيرها أيضاً مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكرياً للبواقي فغير تام أيضاً لأن ذكرها ذكر مرة وبين مستوفى تذكرياً للبواقي المذكورات ليس من أدب المصنفين ولا مما يعمهم أصلنا أقول الأوجه أن يقال إنما خص الاذن بالذكور مع كراهية لحوم غيرها أيضاً لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاذن إنما ذكرت هنا توطئة لكراهية الألبان التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهية لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاذن بالذكور دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوالا بل فالغنا ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لأن المصنف أيضاً ذكره هنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً وإنما يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

الآي أن في وقت الاضحية من ليالى أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجزى الصوف وحلب اللبن وفي إقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهية وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك

(فصل في الاكل والشرب (قوله لا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لافي الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك) أقول فيه بحث لأن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجر جر في بطنه نار جهنم وأقوى أبو هريرة رضي الله عنه بشرب في آنية فضة فلم يقبله وقال نهاف عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) برده عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنة حلالا لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما ما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آله الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه محالاً لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجر جر في بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جرح الفضل اذا رد صوته في خبثه وناراً منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات (قوله برده عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو) أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

الجامع الصغير ولم يذكروا المصنف ههنا وأما كون ما أخذنا ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن يبول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربه عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذکور ههنا بنى البأس عن شربه للتداوى وشربه للتداوى ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسك بقصة العرنين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذه المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا لأنه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البتر انتهى أقول فيه نظرا لن لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذکور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لأبوال الابل أيضا (قوله) وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها) أقول في دراج هذه الجملة بحث فان ألبان الاثن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبايح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البتر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مررت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح ويمكن أن يتمعل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منهم ما نبأ أن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منهم ما فبان الطهارات ما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيما بل في كتاب الطهارة في فصل البتر إشارة الى أنه ينبغي أن يذكروا مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذکور كإشارة الى تقييد نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا طائفة في أول الكتاب وجهها ليراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكروا مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بني دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

وقوله (لأنه في معناه) أي
لأن الأدهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منها لأن كلاهما استعمال
لها والمحرم هو الاستعمال
قبل صورة الأدهان المحرم
هو أن يأخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس وأما إذا أدخل
يده فيها وأخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من اليد
لا يكره قال صاحب النهاية
هكذا ذكره صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير وأرى
أنه يخالف لما ذكره
المصنف في المسحلة فإن
الكحل لا بد أن يفصل
عنها حين الاحتكاك ومع
ذلك فقد ذكره في المحرمات
المصطب المشدود بالصواب
جمع ضبة وهي حديدة
عريضة والمشدود المسن
والنقر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله
قبل صورة الأدهان المحرم
إلى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الأكل والشرب أيضا
(قوله وأرى أنه يخالف لما
ذكره المصنف في المسحلة إلى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن المستعمل يأخذ
المسحلة بيده ويضع فيها
الميل بخلاف الآنية إذ
لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الأدهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزي المشركين وتنعيم المترفين
والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراهمة التحريم وبـتوى فيه الرجال والنساء لمعوم النهي
وكذلك إلا كل بلعة الذهب والفضة والاحتكاك بعميل الذهب والفضة وكذلك كماله كماله والمرأة
وغيرهما لما ذكرنا قال (ولابأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعي
يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عاداتهم التفاخر بغير الذهب
والفضة قال (ويجوز الشرب في الأناة المفضضة عند أبي حنيفة والر كوب على السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسير بالمفضض إذا كان يتقي موضع الفضة) ومعناه يتقي موضع الفم
وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك
وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الأناة المصطب بالذهب والفضة
والكرسي المصطب به ما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشهد وحلقة المرأة أو جعل المصحف مذهبها
أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والر كب والنفر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التوبة الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع

طهارته لم تلزم عنده الأمن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق
فبناء حله على طهارته ودور ظاهر إلى هنا كلامه أقول حديث الأور ساقط جدا لأن حله إنما يكون علة
لطهارته في العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فالتما تكون علة حله في الخارج فاختلفت الجهة
وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية إن الحمى علة للعقوبة في الذهن والعقوبة علة للحمى في الخارج
فلا استدلال بالحمى على العقوبة برهان إني وبعبك برهان إني ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر
وأثره فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل أي دليلا عليه ومن هذا
القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الأدهان
ونحوه لأنه في معناه) أي لأن الأدهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلا من
ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأي وجه كان لما فيه من التجرؤ والإسراف في شتم الأدهان
والتطبيب أيضا وفي النهاية قبل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في
المسحلة فإن الكحل لا بد أن يفصل عنها حين الاحتكاك ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى أقول
يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب والفضة عند إرادة الأدهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنية ما وصب الدهن منها
على البدن لا بدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على البدن وأما استعمال المسحلة الذهب أو الفضة
فإنما يتصور عادة بإدخال الميل فيها ثم الاحتكاك به فانهصال الكحل عنها حين الاحتكاك لا يتقدح في تحقق
استعمالها فافتروا عترض صاحب التمهيل على ما قيل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر وهو أنه
يقضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعة ثم أكل منها وكذا إذا أخذه بيده
وأكله منها أو أجاز عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في
المسحلة حيث قال بعد ذلك كذا الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف
على مرادهم أما الأول فلأن من في قولهم من إنا ذهب ابتدائية وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات
المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن
الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أن كل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يحنيفة رجه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالحنيفة المكشوفة بالحرير والعلم في التوب ومسمار الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجياله مجوسياً أو خادماً ما شترى له ما فقال اشترى به من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعها كله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو المعلقة لأنها موضعت لأجل ابتداء الاكل منها باليد أو المعلقة في العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لأنها انما صنعت لأجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتداءً أمر زائد بل محتمل أما اولاً فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في أنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانياً فلأنه لا تأثير لابتداء في تمسية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره الجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماس تأثيراً في الحرمة كما سيبي من وجوب الانتفاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المضضب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذي ذكره حقاً النقض الذي أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من أنية الذهب أو الفضة بملقعة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالانية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المضضب فمعرزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبر اصحابه ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعها في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفراداً أبو يوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرده ههنا أيضاً حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المقتضض والمضضب ممنوع وقال في الحاشية رد الما في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك تمام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المقتضض والمضضب عبارة بعموم الدلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه لأكُل بملقعة الذهب والفضة والا كتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني جتمهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يحنيفة رجه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصرهم رجهم الله فقالت الأئمة يكره فقبل لا يحنيفة ما تقول فقال ان وضع فيه على الفضة يكره والا فلا فقبله ما ألحج فيه فقال أرايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجياله مجوسياً الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والأذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استحباب الشهود على الأذن عند الضرب في الأرض والمبايعات في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت التشبيهة بالكسرة والجارية فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنتز لا يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجر جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أي حنيفة رحمه الله لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الا خلافا عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه ذلك الزيادة فيماراه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداه وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كالأخني (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال

اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤثر كل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبايح وقد مر مستوفي وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركاه (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدد لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه غيرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل الغوغم الكلام والحق عندى في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن اثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول لما منع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعت عادة على أيديهم بلا محال النكير من أحد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وتبعه العيني أقول ولما منع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في اهداء موالهم أنفسهم يؤدي إلى الحرج لا مكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعت على أيدي هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراط العادة

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعل الحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فإذا أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لأن الفاسق منهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتبناه المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه أنه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما كبر الرأي

أو الصديق وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف إهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والحواري والصبيان فإن فيه حرجاً يفتن سبياً في إهداء الأمور الحسنة (قوله) ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قبل ذلك كرفخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذکور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقبل يجوز أن يكون المذکور في كتاب الاستحسان نفسه هذا فبشرط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى أقول بشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التنصير به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذکور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله) ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه أنه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لأن أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تنقرف في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة تها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ففي غير ظاهير الرواية أيضاً يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة تظاهراً بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشهادتين إذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا من اختلاف نحرر بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أي في العبادات (قول المستور) وقوله (جراً على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعني إذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أي في الفاسق والمستور إذا أخبرا بخباصة الماء (أكبر الرأي)

وقوله (ويقبل فيها) أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان خبره هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه بالترم نفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ما ذكرناه) إشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعني حكمه كالأق

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن البيانات الاخبار بنجاسة الماس حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتميم ولو كان المخبر فاسقا ومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه أنه صادق يتميم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتميم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط فيتميم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمه اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في البيانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملازما وقد سقط اعتبار العدد ففي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجهها للصحة ظاهر اثر وابه وجهها للنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عندة في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في البيانات في ظاهر الرواية عنه قد بدى (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا حال عن الفائدة ألا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بساعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أي في البيانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد تزايد هذا الشارح في الظن ونعمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جوع أسماء الإشارة فتكون ههنا إشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا ولا فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدرية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعللا الحرمة مقيسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لاحقر بنيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن يتجنب تلك الأعضاء واذا تجنبت أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والالم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط انذال في ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم هناك بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست امل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لان سلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعني حكمه كالأق الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الأصل الطهارة وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله أما التحرى فمجرد ظن فقيهه احتمال الخطأ وقوله (ومنها) أي من البيانات (الحل والحرمه) يقبل فيها ما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالأخبار بحرمه الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فينبى بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضا من امرأة واحدة بل لا يدفعها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصورة فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أي قول المجوسى في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط

فكان كلامه متناقضا أجاب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال (قوله أوجب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرتضى كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى ولية (أوطعام الخ) قيل الولاية طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنائز) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض فحمله لاقامة السنة واجب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منهم وان لم يقدر يصبر) ان يكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

قال (ومن دعى الى ولية أوطعام فوجدتة لعبا أو غنا فلا بأس بأن يقعدوا بكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة فان قدر على المنع منهم وان لم يقدر يصبر وهذا لما يمكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والزم القطع بالنقض عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يقعد الاغلبة الظن دون اليقين ووافقهم قول المصنف فيمنع امر لان عند العدة الصدق راجح والقبول لرخصته والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدة يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الزجر عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدة فامعنى قوله فامعنى الاحتمال بالارافة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالارافة في صورة العدة لاحتياطها من كل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فامعنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لاغلبة ظن بخلاف عدة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فاقتضا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض فحمله لاقامة السنة واجب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعمامة الشروح أقول الجواب منطوقه لانه ان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب انما هو الواجب في الاحكام كما يوضح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فهو ومشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقر به كونه السنة قسما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعاً في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكدنا الظهور والتفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنائز فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحدا الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنائز في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقهيا فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول
 يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الاجابة
 تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالترامه اجابتها كما
 أشار اليه المصنف فيما بعد في صير هذا نظير الصلاة النافلة فانقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
 اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
 سيبي وفيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة قياس الواجب على الواجب في
 المال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
 لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة
 فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التبرير بل لان حق الدعوة يلزمه
 بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
 المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقرير
 الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بله وفيها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيبي فاذا عرف
 المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كاهو الفروض بدليل
 قوله فوجدت يجب عليه الجأزم والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد
 عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيبي وأن
 الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
 فلا يتم التبرير ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل
 الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطنة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
 أما ما يوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط الا بتصور تحقق اجابة الدعوة
 انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى
 محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذا كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها
 انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
 ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها أحاب وذهب الى محل الدعوة فوجدت عذرا أو غناء فلم يقعد ولم
 يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقبدا
 ولم يقدر على منعهم كما سيبي في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
 انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القائل
 ههنا فلا يتصور وقوعه اه فرغم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق
 انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما ما يوه كلامه عن التحصيل
 انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
 اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
 انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
 الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيبي في الكتاب وذكر ذلك القائل
 أيضا في أثناء كلامه ويكنى لست ممنع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
 وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة وانتهاء اذا هجم عليه
 انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للانع المذكور
 ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن

المسألة هي كلها حرام) لأن

محمد رجه الله أطلق اسم

اللعب والغناء بقوله فوجد

ثمة اللعب والغناء فاللعب

وهو اللهو حرام لا يقال

الحياة الدنيا لعب ولهو

لقوله تعالى اعملوا أعمال الحياة

الدنيا لعب ولهو والحياة

الدنيا ليست بحرام لأن

الحاصل من هذا القياس

بعض اللهو واللعب ليس

بحرام وهو ما استثناه النبي

صلى الله عليه وسلم في قوله

هو المؤمن باطل الا في ثلاث

نأديه لفرسه ورميه عن

قوسه وملاعبته مع أهله

وقوله (بضرب القضيبي)

عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل

الحضور لا يحضره) أقول فيه

كلام لأن الحديث ينظمه

(قوله لقوله تعالى اعملوا أعمالا

الحياة الدنيا لعب الخ) أقول

المراد بها أمور الدنيا أعني

مالا يتوصل به الى الفوز

الا جمل (قوله ليس بحرام)

أقول يعني مطلقا (قوله

لأن الحاصل من هذا

القياس بعض اللهو الخ)

أقول لكن القياس الاول

يقضي الكلية كما لا يخفى

ثم ان الاولى أن يجاب بأن

الكلام على التشبيه فليتام

(قوله وهو ما استثناه النبي

عليه الصلاة والسلام)

أقول فيه نظير يظهر وجهه

بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حتى الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد يلزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي

والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى ولاية أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئا من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمة شيئا من البدع فعلم المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للدعوى أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشي فيها الدليل المذكور فيتم تقريب تأمل توقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعزم مابعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذ لم تكن العهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لي يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توقيفها بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد يلزمه حتى الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترا قال قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي) لأن محمد رجه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم هو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديه لفرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يثبت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذلك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيمصر حاصل التعليل أن محمد المأ أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للدعي وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا بنا في قولهم في أول التعليل لأن محمد أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبر دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وبما جاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير انشاء على كونها مستثناة في الحديث صريح ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعملوا انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بمحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجة وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جرثومة تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الاجرثومة كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جرثومة لا غير وقال بعض المتأخرين هذان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدي مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا صحيح اذا تظاهر أن كلمة مقدمتي القياس المذكور كيتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي الادم الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها مختصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من اللفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بمحرام فان الذي كان حراما أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان يفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس يفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس يفرس والالم يكن للحمد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بمحرام فلا معنى لتخصيصه بالصورتين الثلاث المسستغناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لا مكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملائكة كلها حراما كانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعملوا انما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بمحرام ينتج أن الملائكة كلها ليست بمحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعملوا انما الحياة الدنيا لعب ولهو وأنهم اللهو في حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملائكة كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وأما دلالة على حرمة كل الملائكة كما هو المدعى فمنوعه كيف وقد قال ابتليت به سدا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملائكة بل انما يكون شيئا معيناً منها واعترض عليه صدر الشرح بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لا إقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك الله ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

﴿فصل في اللبس﴾ لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء (٩١) بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

على حله لمن امان أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيعارضان لأن العام كالخاص في اغادة القطع عندنا أولاً يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر التلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

﴿فصل في اللبس﴾ (قوله) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لأجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليقيم الفائدة وهو ظاهر (قوله) وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله) واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى) أقول لم يتعرض للعموم انتهى لاظهر به العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول

﴿فصل في اللبس﴾ قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكوراً أنى حلال لآناهم ويرى حل لآناهم

مستغل ولا متلذبه انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الأنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا التزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلاً منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لا فامة الواجب فيجوز كافي صلاة الخنطرة اذا حضرته المناقصة وقد مر من أمثل هذا الجواب فيما قبل فتدكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهم ومنكره غير مستغل ولا متلذبه لا يدفع حرمة ذلك اللهم ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني تصورا اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم ولم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايرادها حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة ترك حذر عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جالس معرضاً عن ذلك اللهم ومنكره غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير ونحوه وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده رده فأني بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل في اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منه في غاية الاستبعاد فان مقتضاء الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أسير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله) وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعيهم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبج اذا اجتماع يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين وهذا متأخر

المصنف لهما العمومات بالتهنى عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في التهنى مستنداً بلفظ لا تلبسوا (قوله) اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله) أو بعده فيعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا عتبة للسؤال وهو حاصل الجواب

(الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير بالوضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولابأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد بن محمد بن يوسف وأما ذكره القدر دورى وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الأنث فيجعل قوله عليه السلام حل لآناهم مقدما قلنا قوله إنما يلبسه من لآخلاقه في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكر أمتي لأن هذا وعد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليد النسخ ولأن قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرم للذكور والآنث وقوله إنما يلبسه من لآخلاقه في الآخرة لبيان الوعد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجع على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للآنث متأخر وهو استعمال الأنث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر وهذا آية فاطمة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فإن قيل الحديث الدال على حمله لهن أما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لأن العام كالخاص في إقادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر للثالب يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر وذلك آية فاطمة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لأن التردد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل محتل المعنى فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيساقطان فليس يصحح إذا المؤخر يكون ناسخا لما تقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وإنما التساقط فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تنقرا كل ذلك في علم الأصول وإن أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا لما قدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير يرفأى سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد دظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر فتأمل ثم قال صاحب العناية فإن قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان إشارة إلى جرئيع فن أن العموم أجيب بأن المسراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارته وإشارته ترجع على دلالة فعلية تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والآنث كقوله عليه السلام إنما يلبسه من لآخلاقه في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتقض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للتساوي بين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بكره) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فإن قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان إشارة إلى جرئيع فن أن العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله (قالوا بكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الإباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الأصبع يذكر ويؤتى فذكر في ثلاثة وأنت في أربعة (قوله وقالوا بكره) يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف بقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لآناهم

لهما العمومات ولانه من زى الا كاسرة والجبارة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه
اياكم وزى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفة حرير وقد كان على بساط عبد الله
ابن عباس رضى الله عنهما مرفة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال والجامع كونه غودجا على ما عرف قال (ولابس بلبس الحرير والديباغ في
الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباغ في الحرب ولان فيه
ضرورة فان التماس منه أدفع لمعة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه (ويكره عند أبي حنيفة)
لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لم يفسد حرير وسداه غير ذلك والمحذور
لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف
اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول نعم
قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لانا نهم ليس بمقيد باللبس
بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعا هما ههنا بالعمومات
كيف يتم كان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم
(قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه
من لا خلق له في الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم
ولبسوا الحرير فلما وقع بصصر عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل
النار انتهى واقتنى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حل العمومات
على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهم ليسوا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لافي اللغة
ولا في العرف فاني وجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والاقتراش وان لم يكونا للباس في الحقيقة الا أنهم
في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا لمحققين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو
العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أنكي على جرة الغضا أحب الي من أن أنكي على مرفة حرير
وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتنى
أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم في
الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين
فلان الثاني مخصوص بالانكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرح من القعود والاقتراش فلم يظهر
في شئ منهما ما العموم الا أن يتطرق في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما
قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمحذور لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحذور
لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يفسد حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة
اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحذور لا يستباح الا للضرورة فاذا
أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل اليجاز الخلل الى هنا كلامه
أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحذور لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يفسد
حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير
الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة
الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)
يريد به قوله نهى عن لبس
الحرير وقوله انما يلبسه من
لا خلق له في الآخرة وما
روى عن عمر رضى الله عنه
أنه استقبل جيشا من
الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا
الحرير فلما وقع بصصر عليهم
أعرض عنهم فقالوا لم
أعرضت عنا قال لاني رأيت
عليكم ثياب أهل النار
والمرقة بكسر الميم وسادة
الانكاء وقوله (والجامع
كونه غودجا) يريد به أن
المستعمل يعلم بهذا المقدار
لذمة ما وعد له في الآخرة منه
ليرغب في تحصيل سبب
بوصلة اليه وقوله (لا فصل
فما رويناه) يريد به قوله
صلى الله عليه وسلم هذان
حرامان على ذكورا أمي

(قوله يريد به قوله نهى عن
لبس الحرير) أقول التوسد
والنوم عليه ليس لبسا
فكيف يستدل به الآن
يقال ذلك في معناه وقد مر
منه في الفصل الاول

وقوله (والخز مسدى بالحري) قيل هو اسم لتوب سده حري ولجته صوف حيوان في الماء وجلة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سده حريا ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا والعمه كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو باقاع الهيبة في عين العدو ليريقه ودفع معزة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم ورعا قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربع مائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده

ومارواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ماسده حري ولجته غير حري كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصباغة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحري ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين القرو والظهار ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لجته حري او سده غير حري لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للعمه على ما بينا

للاستحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمختار لا يستباح الا للضرورة وأما قوله ولو حلنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجب الإيجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمختار لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلها المعنى وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمختار لا يستباح الا للضرورة من غم الجواب والمعنى أن المختار التمرى لا يستباح الا للضرورة والضرورة فمما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لجته حري وسده غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكرك لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله ومارواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والمخل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللقمة والعرف ما كان كله حريا قال في المغرب الديباج الذي سده ولجته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سده حريا ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم ههنا بان الديباج ما كان كله حريا فلا مجال للعمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما والعمه آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا باللباس والشئ اذا تعلق بوجوده بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللقمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكره لا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشد اليه قول الزبلي لان الثوب لا يصير ثوبا بالانسيج والنسج بالعمه فكانت هي المعبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا باللباس فكانت العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللقمة انتهى لكن لا يخفى على أن القول بأن النسج يكون بالعمه وهم بل هو بالعمه والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني والله اعلم عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو بالعمه والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللقمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

عليه وسلم هذا حرامان
على ذكور أمي ولا بالفضة
لأنه في معناه فان قيل
قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان على
ذكور أمي لكونه خبر
الواحد لا يعارض قول الله
تعالى قل من حرم زينة الله
الآية ولا يقيد لان
التقيد نسخ فالجواب انه
مشهور متفق عليه تلقته
الامة بالقبول فجاز التقيد
به وقوله (وقد جاء في
اباحه ذلك آثار) هو
ما روى أنه كان لرسول الله
صلى الله عليه وسلم خاتم
فضة فنهقه ونقشه محمد
سطر ورسول سطر والله
سطر وعن معاذ رضي الله
عنه أنه كان له خاتم من فضة
ونقشه محمد رسول الله
فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم ما نقش خاتمك
يا معاذ فقال محمد رسول
الله فقال عليه الصلاة
والسلام آمن كل شيء من
معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم
من معاذ فوهبه منه فكان
في يده صلى الله عليه وسلم
الى أن توفي ثم كان في يد
أبي بكر رضي الله عنه الى
أن توفي ثم كان في يد عمر
رضي الله عنه الى أن
توفي ثم كان في يد عثمان
رضي الله عنه حتى وقع
من يده في البئر فأنفق

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (الاباحات والمنطقة وحلية
السيف من الفضة) بحقيقة المعنى التوضيح والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد
كيف وقد جاء في اباحه ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الاباحه والفضة وهذا نص
على أن التختم بالجوهر والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي
أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض
أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره
المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشئين يضاف الى آخرهما
لان النسخ انما يحصل بالحكمة والسدى معا لا بالحكمة وحدها اذ النسخ انما هو تركب بالحكمة بالسدى كما
صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار بالحكمة دون السدى الا بلاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره
المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك
المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه بجهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بعضهم
اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث جلا الدليل
الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون
الحكمة آخر جز من الثوب ليس اعتبارا لعدم وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة بجواز أن
يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع
فانه قال والنسخ بالحكمة بدون القصير عليها فكانت قال وتتمام النسخ أو آخر النسخ بالحكمة والعجب من ذلك
البعض أنهم مع اعترافه بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث
قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسخ يكون بالحكمة وهم بل هو بالحكمة والسدى معا جعل ما ذكره
المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختر بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ
وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غتره الاعبارة الزبلي ولم
يتطرق أولم يلتفت الى ما وقع في كلامه من قول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع
فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير نويا بالحكمة لانه انما يصير نويا بالنسخ والنسخ تركب
الحكمة بالسدى فكانت الحكمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه
أيضا قال في تقريره بذلك لان الثوب انما يصير نويا بالنسخ والنسخ انما يتأق بالحكمة آخرهما فيضاف
صيرورته نويا بالحكمة فاذا كانت الحكمة من الحرير كان الكل حرا حكا انتهى ومنهم صاحب الكافي
فانه أيضا جمع كانه لذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزبلي بقوله أو نقول الخ تقرير بذلك
الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقصد النسخ لاذكر دليل آخر مستقل مغاير الاول في المعنى والمال
يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان الحكمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى
انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللاحق في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراد معاذ ذكره
بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد الالام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح
فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم
والاباحه ضرورة التختم أو التوضيح وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في
معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال
بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور

ما أعظم ما في طلبه فلم يجده فوقه اختلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأنى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه

(ومن الناس من أطلق) منهم ثمنس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختمه به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجبراذليس له نقل الحجر وإطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبهه الصقر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من جاوز الختم بالذهب

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجبراذليس له نقل الحجر وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن الختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه ترين في حقهن وإنما يختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بعمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرقه بن أسعد الكنافي أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفان من فضة فأنشئت فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفان من ذهب ولا ي خنيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فيق بالذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تسدفع في الأنف دونه حيث أتت قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحسري) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم اللباس كالنمر لم يحرم شريم حرم سقيها قال (وتكره الخرقعة التي تحمل فيمسخ بها العرق) لأنه نوع تحجير وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتحجير وصار كالتربع في الجلوس

أمتى وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله) ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجبراذليس له نقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة الختم بالشب بأنه ليس بجبراذ لا حاصل له لأن ما ليس بجبراذ قد يكون مما يحرم الختم به بخلاف كالحديد والفضة ولم يرد نص في حرمة الختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والفضة حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز الختم ببعض الأحجار كالعقيق فإنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فإنه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان الشب يشبه بكونه حجرا أظهر نفعه في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة الختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الإمام فاضلنا في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة الختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله) والختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسد دلالة معنى قوله الابانخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي إثبات بلاريب وما ذكره ههنا حرمة الختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريحا بما علم من قوله الابانخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضرورة ولوقال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الابانخاتم والمنطقة وحلية البيعة من الفضة على القول بأن منهوم

لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانبه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل الختم بالفضة لقلته ولكونه غموضا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب أنه منسوخ بمحدث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ

خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أي لأنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة ولا وماراه المسلمون حسنا فهو وعند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصلة أن كل ما فعل على وجه التحجير فهو مكروه بدعة وما فعل لما جازة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والالتكاه

ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمداً إلى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنني امرأتى وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروى عن الثقات إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكيرة يعقد بالأصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بغن عنك عقد الرثام

بمعنى الهذو واللعب والله أعلم

(٩٧)

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب

فصل في الوطء والنظر
واللمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل

إلى المرأة ونظرها إليه ونظر

الرجل إلى الرجل ونظر المرأة

إلى المرأة والأولى على أربعة

أقسام نظرها إلى الأجنبية

الحرية ونظره إلى من يحل له

من الزوجة والامة ونظره

إلى ذوات محارمه ونظره إلى

أمة الغير قال (ولا يجوز

أن ينظر الرجل إلى الأجنبية

الخ) القياس أن لا يجوز

نظر الرجل إلى الأجنبية

من قرنها إلى قدمها إليه

أشار قوله صلى الله عليه

وسلم المرأة عورة مستورة

ثم أبيع النظر إلى بعض

المواضع وهو ما استفتاه في

الكتاب بقوله الأوجهها

(وكفيها) للحاجة والضرورة

وكان ذلك استفساراً لكونه

أرفق بالناس قال الله تعالى

ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر

منها وفسر ذلك على ابن

عباس رضى الله عنه من

بالكحل والخاتم والمراد

موضعهما وقوله (ولأن في

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا نفعك اليوم إن همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم وقدر روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة حاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً واعطاءً وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة قال (فإن كان لا بأس من الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه إلا نكح يوم القيامة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن أمته بغير انكاح وعدم جواز ذلك في الحرمة إلا بانكاحها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لبيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فلما نسب أن يؤخذ كرا الوطء في عنوان الفصل أضافه إلى فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضاً ينظر الرجل إلى الأجنبية الحرية ونظره إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقوله ما في تفسير قوله تعالى إلا ما ظهر منها فإن في تفسيره أقوالاً من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهم ما لکن دلالة قوله ما على ذلك غير واضح أيضاً الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كما هو كذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله والمسدع جواز النظر إلى وجه الأجنبية كما هو إلى كفيها بالكلمة فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

أبداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآتي الرصاص

(١٣ - تكملة ثامن)

(قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزيلعي الرتبة قد تشبهت بالرتبة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الإيمان أنه كفر انتهى

فصل في الوطء والنظر واللمس (قوله والأولى على أربعة أقسام نظرها إلى الأجنبية الحرية) أقول الأولى أن يقول إلى من لا يحل من الأجنبية الحرية (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول بمعنى فسر قوله تعالى ما يظهر

فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يسبح إذا شاك في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحبتها ومن يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح المجازر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لترضه وكانت تغمر زجلية وتغلي رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا

وسلم فنظر الى وجهها ولم يرفها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة إذا بلغت الحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحدا لبنها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها قلقة قرأت قطعة فدل على أنه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحبتها ومن يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزا وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح المجازر في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره وما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال للاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا عن الأئمة والمشايع ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخطأ من لقاءها فلا انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب النكافية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا إشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما إذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتبهة تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فإن قلت تلك المسئلة مفيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس الى مسها في تلك الصورة قلت إن لم تتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأن ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والالزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا آمن على نفسه وعليها تأمل توقف (قوله وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقسرات الحالية أو بالتجربة في تطايرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وقوله (فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فإذا خاف الشهوة لم يتظر الخ) أقول تقيم الحديث فإن الحديث انما يدل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الأمن هنا وشأن ما بينهم ما قسم ذلك اليه ايتم التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما أي بوفق قاله للغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالخاتن الغلام) يعنى أن الخافضة والخاتن (٩٩) يتظران الى العورة لأجل الضرورة

لان الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن يتظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للارض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وإذا جاز الاحتقان جاز للخاتن النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة إذا

كانت لا تشتهى بياح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون المنس سببا لوقوع الفتنة كالصغيرة ووجه الاول أن الشاب إذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تنس الشاب لانها علمت بما لا بد من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى

فان كان لا يأمّن عليها لا تحل مصاحفتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى بياح مسها والنظر اليه العدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها والشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لأقضاء الشهوة تحريزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد التقيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل بياح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن يتظر اليها وان علم أنه يشتهىها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مسداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدر ورايستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم يتطرو ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كتنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للرجل وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أماردة المرض

(قوله فان كان لا يأمّن عليها لا تحل مصاحفتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في علم النفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في علمها للمرأة ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكور ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن علم باعتباره فانه إذا لم تحل مصاحفتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصاحفتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة قال بعض المتأخرين وقد يتورّد ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالى ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسيبتين اقامة الحد والتحريم عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده وسترته نوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذت من كذا حياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظا على السرقة فلم يكن ماذ كرم التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعني كون الستر أفضل بل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما اقتضيه فيجب ككون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر لاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متخوفا متدما عليه فانه محل استعجاب ستر الشاهد انتهى أقول ماذ كره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الاشكال الذي خطر ببال القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا قيسا سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا

الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خير بانه يمس بما يحالفه ظاهرا في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الختن من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل بياح) أقول لعل المراد اذا خاف الاشتاء

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٠) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرتيه الى ركبتيه وروى ما دون سرتيه حتى يجاوز ركبتيه وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكجاري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر به مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسنتين وهى اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهى التصريح بالثبوت في أراد أن يقال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأه فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتمها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك تزوجها الداعى الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدة فقد اندفع ذلك الاشكال بمجدا فيه (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه) قال صاحب العناية هذا هو التقسيم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشك على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أى عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أى عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انما أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي على في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انما أحد حدى العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول بأن الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحد والمأخذ من تعدد فالفرد كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشياء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فكأنه لم ينظر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ من تعدد فالفرد كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشياء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استمدالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هى السورة دون ما عداها قوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكجاري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر به) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل معتمدا بقوله وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قبل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكجاري) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملحق عظم الفخذ والساق فاجتمع المحترم والمبج وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب بالجل

فأقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال أن في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي أحداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية أنهم ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة أنهم ما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال لا ولي منهن ما وههنا أصح الوجهين واذ قد تقرره هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله أنها واحدة للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وههنا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله أنها أحد حدي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا نأمل توقف (قوله وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عيسى بن إسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنه ههنا في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فدائك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عيسى بن إسحق أن أباه ربه رلق الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدم انقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في مجمله حيث حسب أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن فبني عليه عدم المخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرته الحسن مس لها وههنا لا ينافي بتقبيله إياها فلا مخالفة بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التسلبي يعني لو سلم المخالفة بينهما ما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليه الأولى من عدم جواز تقبيلها فإذا وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن ولم يمنع عنه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا ينجي على من له أدنى تمييز أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن علي يده على سرته نفسه وعن ههنا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والاسلوب مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا اسلما قال سلام واذ قد كان معني رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت ههنا الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تفسير تقبيل سرته الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن ان يكشف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصود منه التحرز عن ان يكشف ما تحت السرة لا يدل فعلة المذكور على

وقوله (وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رجهما ما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لانهما) أي لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظرها اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب (١٠٣) كالتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بمنزلة الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

الحجة لا بحقيقة ما وان أبا حنيفة يجوز الصلاة في السقينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب وإذا كان كذلك فإذا نظر الرجل اليها مشتميا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبها حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة وإذا نظرت اليه مشتمية لم توجد الشهوة من جانبها حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من التحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أي في الحمام وهذا دليل على أنهم لا ينعن

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح للمس) لانهم ما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان تنظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلق فان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيتها أنها تشتمى أو شككت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالتحقق اعتبارا فإذا اشتبه الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من التحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جرم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح للمس لانهم ما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءهما فيه ممنوع كيف وقدر أن وجهه الاجنبية وكفها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما إذا أمنت الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسه ما وان أمنت الشهوة فلم يستأثر بالنظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنه مما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كف جرة يوم القيامة فإذا كرهها من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر من وجوب النص فلا تنافي بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه إذا أمنت الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الأمر كذلك في الظاهر إذا تظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبته فإنه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل في خلالها الأقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما سنبسط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهده لا ن بيان ما بقي منه فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عن عدم له سلامة القطر ثم ان بعض المتأخرين طعن في تحريره هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشئ إذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفرادها وان كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معانير الجنس لأن ينكر الثاني ولا الاول نأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان ينهوا الحمامات للنساء وتمكينهن وعن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود بتحصيل الزينة والمرأة الى هذا

(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر) أقول متى فرض ذلك

أخرج من الرجل ويمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المدسوط وقوله كنتظر الرجل الى محارمه بمعنى لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (١٠٣) (والاول اصح) لان نظرا الجنس

أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظار الرجل الى المرأة والتساع في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته لمجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتشفي بانتفائه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان اللاهلي نوع ستر من الاقتاب والنظر وقد قيل هو اللاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يس فرج امرأته أو تمس هي فرجيه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظار الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان ينظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجه الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهن عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر الى الاذن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العير ولا ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها)

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من أولى النهي ولم أدرك خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبى عليه فيما سكر كعرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد التساع في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن ينظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه) يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل محل لان عدم جواز النظر للمرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له ههنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا ينظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أعتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقی لی بقی وهو يقول بقی لی بقی لی ولولم يكن النظر مما حلتا لتجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا الا انه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أر منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقی لی بقی وهو يقول بقی لی بقی لي يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم من مطلب تيقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالتبعية وظيقت لا وظيقت الاخر فلا معنى لطلبها من الآخر أما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شئ أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما - ما للقطع بغير النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان المحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأذبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز

مخرج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت على كظهر رأى فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيهه المحللة بالحرمة

(قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحاً محرم منه إلى ما بين سرته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبته بالاولوية لأن النظر إلى خلاف الجنس أغاظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك انتهى وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصرح بما علم التزاماً بما تقدمت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سرته إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسيها انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكفاء بذكر الفخذ هو السلوله مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عداها أيضاً ما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكفاء بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السرة كما تقر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسواة أيضاً دلالة بالاولوية لكونها أقوى منها في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنسكة فيه شعور المسئلة للحرم بسبب كاسيحي وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره كاسيحي وقد أتمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة محتصاً بالمحرم بنسب إذاً الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لأن تكون النسكة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شعور المسئلة للحرم بسبب لأن النسكة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالسككية حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالحال بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يحنى وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره كاسيحي وليس بسديد فإن كلام من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائحه تفسيره كاسيحي في حيز المنع أما الأول فلأنه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً قال في البدائع النسابة في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالألم والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بالارحام وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم لهن وهن الاجنبيات الحارمات ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمة والخال والخالة اهـ ولا يحنى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بالارحام وقوله لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولادها وأولاد الجدات والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها ومصدرها وبدنها وعقها وعضدها وساقها ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سرته إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو دمهرية كزوجة الاب والجدوان والاولاد زوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وبنت المرأة المدخول بها فإن لم يكن دخل بها فهي كالأجنبية انتهى ولا يحنى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة نقل للحرمة المؤبدة فقلمنا تشتمى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم رضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أى صاحبة حرام لان الحرام هى صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما لا يلائمه تفسيره بما سيحى لو كان مراد المصنف بما سيحى نفس المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا لتعميم بل تعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهورها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها وما سواها لعموم قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتن الآية فبقى غرض البصر عما وراءها أمورا به واذ لم يحل النظر فالسأولى لانه أقوى انتهى أو آية الظاهر كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يسلم شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمي الظاهر في كتابه منكر من القول وزورا وصورة الظاهر أن يقول الرجل لامرأة أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر أو مسالمسي الظاهر منكر من القول وزورا واذ ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله) ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان بشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة كالحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منه ياعنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا تقلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أى في مواضع الزينة المذكور عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والا كليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدمج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخنخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباق كلامه واضح

والحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا قال (ولابأس بأن يس ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقوله الشهوة للمعربة بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان أبيع النظر لان الشهوة متكاملة (الاذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يس لقوله عليه السلام العينان ترتبان وزناهما النظر واليسدان ترتبان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلط فيجتنب (ولابأس بالخلو والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذورحم محرر منها

ثم استدلل عليه بما تارنت في كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لأنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اوما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه وبكفي في التأدي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يندح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لم يواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتضى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بشام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرق لا يدفع السؤال على قول أي حنفية ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرق ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه أي في المحرم وقوله في الأصح متعلق بقوله أو سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لافها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمه الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانتة حرمة لا يؤمن ثانيا والأصح أنه لابأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه (قال ولا بأس بأن يس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المفتضى لا لباحة) وهو الحاجة إلى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الاذا كان يخاف عليها) اعتنا من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلو بهن لان في المسافرة خلو (قوله لانه لما ظهرت خيانتة الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله (فإن احتاج إلى الأركاب) أي أركاب ذوات المحارم والأصل في ذلك أن لا يجوز من ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر لكنه جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول أجد من أريح

(١٠٧)

الجنسة وكان ذلك لأعن

شهوة قطعاً فيجوز المس مع

الاتقاء عن الشهوة ما أمكن

قال (وينظر الرجل من

ملوكة غيره الخ) هذا آخر

الأقسام من ذلك وكلامه

واضح وقوله علاها أي

ضرب علاوتها وهي رأسها

بالدرة وقوله (خلا فاما

يقوله محمد بن مقاتل رحمه

الله أنه يباح إلا إلى مادون

السرة إلى الركبة) وجهه

ماروى عن ابن عباس رضي

الله عنهما أنه قال ومن أراد

أن يشتري جارية فليستظر

إليها إلا في موضع المئزر

وتعامل أهل الحرمين

ووجه العامة ما ذكره في

الكتاب وقوله (وأما الخلوة

بها والمسافرة معها) يعني

إذا أمن بذلك على نفسه

وعليها فقد اختلف المشايخ

رحمهم الله فيه فمنهم من قال

يحل واعتبرها بالمحارم

واليه مال شمس الأئمة رحمه

الله وقيل لا يحل لعدم

الضرورة واليه مال الحاك

الشهيد رحمه الله (وفي

الأركاب والآنزال اعتبر

محمد رحمه الله الضرورة

فيمن) يعني التي لا مدفع لها

(وفي المحارم مجرد الحاجة)

أي نفس الحاجة لا الضرورة

وقوله (ولابأس بأن عس

ذلك) أي المواضع التي

وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً فإن احتاج إلى الأركاب والآنزال فلا بأس بأن عساه من وراء ثيابها وبأخذ مظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمن الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً وظناً أو شكاً فليجنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها امتنع عن ذلك أصلاً وإن لم يمكنها تكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من ملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لطوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنها فصار حالها خارج البيت في حق الجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متفتحة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الحار بأدقاً أنتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل أنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة لأنه لا ضرورة كافي المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكالها في الأمان ولقطعة الملوكة تنتظم المسدرة والمكاتبه وأم الولد تحقق الحاجة والمستحاة كاللكنة عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كافي المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الأركاب والآنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولابأس بأن عس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتري) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتبه بالضرورة ولا يباح المس إذا اشتبه أو كان أكبر رتبة لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض في أزار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بيننا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها إذا كانت تشتهى ويجماع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في أزار واحد ولو جود الاشتباه قال (والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفعل) لقول عائشة رضي الله عنها انحصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله ولأنه فعل يجماع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلارحم فحكمهم ذوات الرحم المحرم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها فأسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لبيع عليك فإنه عملك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرم بالرضاع وكذلك المحرم بالماهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسباً وصهراً (وقوله وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً) أقول إفسا نل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجاً فهذا الاحتمال كيف ثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفعل لقول عائشة رضي الله عنها انحصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله) قال الشارح العيني ههنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال انحصاء البهائم مثله ثم تلا ولا تأمرهم فليغيرن خلق الله وأخبره عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن شهر بن حوشب انحصاء مثله ذكره في كتاب الحج الثاني أن هذا لا يدل على مدعاكم فإن كون

يجوز النظر إليها (إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتري) كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عس ساقها وذراعها وصدورها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وقوله (وكذا الخنثى في الردى من الأفعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازاً عن الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلق ولا يشتمى النساء استدللاً بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الأربة من الرجال قبل هو الخنثى الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المحبوب الذي جف مأوه وقيل المراد به الأبلة الذي لا يدرى ما يصنع بالنساء اغماصه بطنسه وفيه كلام فإنه إذا كان شاباً بنحى عن النساء وانما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهرته والأصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم يحكمم بأخذه وبالجملة أشار المصنف رحمه الله بقوله فالأصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذي لم يظهر أو على عورات النساء أي لم يطلعوا أي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمساك واضح

وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل وكذا الخنثى في الردى من الأفعال لأنه فعل فاسق والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمساك أن ينظر من سبته إلا أن ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولأنه فعل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة بل واز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت

الخصاء مثله لا يدل على أن نظر الخصى إلى الأجنبية كالفعل إلى ههنا كلامه أقول كل من أراد به ساقط أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال وقد روي في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وإن يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضاً مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلأن قوله فلا يصح ما كان حراماً قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة الاعتبار فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا إجماع أو الكذب والثاني منتف فنعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلووا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقر في علم الأصول حيث قالوا ولا يفعل بجماع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المسند كورنه فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها أي يفعل الانزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لأنه لو كان معني ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلاً مستلزماً للآزم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أي يفعل الإعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا لا يثبت المطاوع بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة الانزال فإن هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعدالة الحرمة النظر إلى الأجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمني حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أي في الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولاً فلا لأنه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة أعني الخصى والمحبوب والخنثى بحكم كتاب الله تعالى بل لا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن الآية فمعنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان جملة على الثلاثة جميعاً ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أي في الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله تعالى) أقول إطلاق المحكم لعله على التشبيه (قوله أي لم يطلعوا) أقول فقوله لم يطلعوا ومن الظهور

وقوله والمراد بالنص الامام يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكك أيمانهم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رجهما الله به (قال سعيد)
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيد بن (والحسن وغيرهما) مبررة بن
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم

والمرد بالنص الامام قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
(وبعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا اذنها) لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا اذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيل الولد ولهذا
تخير في الحب والعنة واللاحق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصورتين الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال
نفسا سائما بما يكون ماذ كفي حيزها التخصيص ذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أراد بالضمير
المجرب في قوله يؤخذ فيه المخت بالمعنى انغير المند كور فيهما مر على سبيل الاستخدام كما
زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة
(قوله والمراد بالنص الامام قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيد بن علي ما
روىنا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه وردده صاحب الغاية حيث قال
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول
السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون المشترك عموم في موضع
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول
السعيد بن هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول
معانيه على سبيل البدل واقد صرحوا به حتى قال الحق في التفتازاني في التساوي والمشارك مستغرق
لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون انشافي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل
الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشراح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كلا دخليه ليس بشئ أما الاول فسلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو
سعيد بن جبير على تقدير معنهما ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما والاما كان علما
لكل واحد منهما بل لقد هم زيادة اظهار المراد وتعيينه وانا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا
للسعيد بن كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم
مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم الخوف فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان
الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك
أضالار يب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك
فان المشترك ما وضع لتعدد بوضع متعدد أي شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك
لها لتكشف بين يدي أمته ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسا ثم لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرا تردون الاماء والباقي واضح والله أعلم

فلودخلوا في قوله تعالى
أو ما ملكك أيمانهم لزم
التعارض وعورض بأن
نظر الاماء الى سيدتهن
استفد من قوله تعالى
أو نسا ثم فلوجلت هذه
الاية على الاماء لزم النكرار
وبأن الاماء لو لم تكن مرادة
من قوله تعالى أو نسا ثم
وجب أن لا تكون مرادة
من قوله تعالى أو ما ملكك
أيمانهم أيضا لان البيان
انما يحتاج اليه في موضع
الاشكال ولا يشك على
أحد أن لامة أن تنظر الى
سيدتها كالأجنبيات والملك
ان لم يزد توسعة فلا أقل
أن لا يزيد تضيقا وأجيب
عن الاول بأن المراد
بالنساء الحررات المسلمين
اللاتي في صحبتهم لانه ليس
لؤمنته أن تجرد بين يدي
مشركة أو كايية كذا عن
ابن عباس رضي الله عنهما
واقطاهر أنه أريد بنسائهم
من يصحبهم من الحررات
مسلمة كانت أو غيرها والنساء
كلهن في حل نظر بعضهم
الى بعض سواء والمراد من
قوله تعالى أو ما ملكك
أيمانهم الاماء وعن الثاني
بأن حال الامة يقرب من حال
الرجال حتى تسافر من غير
محرم فكان يشك أنه يباح

(قوله ليتناول السعيد بن) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد
(قوله فلودخلوا في قوله تعالى أو ما ملكك أيمانهم لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل
لؤمنين الآية وبين قوله الالبعولتهن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولو كان تحتة أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك فإنه لا يتناول مسميته بوضع واحد بل لكل واحد منهم ما وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم إن صاحب العناية على كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم فلودخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولاً فلأنه يقتضي مخاطب الاناث أيضاً بقوله تعالى وقول للؤمنات يغضضن من أبصارهن فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضاً في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقول للؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانياً فلأن لازم من كون الذكور من المالكين مخاطبين بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم ودخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعض كما صرح به المفسرون فكانت المعنى يغضوا بعضهم أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلودخل الذكور من المالكين في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المالك كما هو مذهبنا وكذلك انظره من قوله تعالى الالبغولهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن إلى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحتة أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوج أمة فالأذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الأذن إليها قال في البدائع وجه قولهم ما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الجنس بحق الإنسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد لا في دون الأمه وقولهم فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماله وهو يجمع امرأه من غير أنزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فإنه يصنع ولهذا يحتاج إلى رضاها في العزل لأنه انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة إذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الحب والعنة بخلاف وان لم يكونا يصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماله وهو يجمعها من غير أنزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذلك في العزل ندر

فصل في الاستبراء وغيره

آخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رجها من الحمل وأوطئاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

فصل في الاستبراء

وغيره * (قوله لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فإن قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فالهنا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أي مقيد بزمان

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الأول فلأنهم ما قالوا إلا الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بآين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فآخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

أما وجوبه فحديث سبأيا وأطاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحبيضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستماع أبلغ نهى مع وجود الملك (١١١) المطلق له والبداء الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا لوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك والبدا لانه هو الموجود في مورد النص وأما علته فهي ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبأيا وأطاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى الخ) أقول جمع الحائل وهي التي لا حبل لها وقيل انما قال الحبالى لتزواج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل وتظيره الغدايا والعشايا كذا في شرح الكاكي والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا القيد في افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون إلا لوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبأيا وأطاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحبيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك والبد لانه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كالايجنى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان منبأه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنوانه بالوطء لان النهى عن المس إذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكأن ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الا نزال أخرجه فيستزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضا ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظراً من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو قبضها أو كانت معتدة الغير فأنقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها يلزمه الاستبراء في شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور ادناه - له في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبيبة في مورد النص في استحداث الملك والبد فالمعنى لانه أى استحداث الملك والبد هو الموجود الصالح للسبيبة في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبيبة ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعدلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبد من غير مدخل فيه السبي كالايجنى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً عليها على أن تابع الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السبيبة بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقية وبداهة المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم أقول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء المشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتى في الكتاب فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرة السبب ظاهراً ولئن سلم كونه ظاهراً

مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لأعلى البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد بدون البائع فيجب عليه

وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بما محترم بأن لا يكون من نفي وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلالا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أي الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعي (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حلالا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتاخرها عنه) أقول ولبطء منها

بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المملكت بناء على توهم شغل الرحم بما محترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي في الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انفلاق الولد الواحد من مائه لعدم امكان الاختلاط بينهم ما على ما مر في باب التدبير والاستيفاد فكيف بناؤها هنا حكمة الاستبراء على جوازها انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أي ماء انفلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه وبفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رجها فجات بولد فلا يدري أنه منه أو من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماء من اختلاط حقيقي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب فوع اشتباه وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب العناية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بما محترم وليس بسد لان الامر في حقيقة الشغل بما محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما محترم ليس نعم أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكونه فراش الأمة ضعيفا على ما عرف في محله فغامعني القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول في حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مسد كور قبيله فالمعنى وهو أي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الأمة من قبيل في ملك الغير نكاحا أو عينا فتدبر قال تاج الدر ربعة وانما قيده بما محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه آخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقفي أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بأن لا يكون من نفي وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلالا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين في توجيهه التقييد بما محترم مسلما آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من نفي غير

وَأَمَّا الْعَلَّةُ هَهُنَا فَكَذَلِكَ
لأن الإرادة أمر مبطن
لا يطلع عليه لأن بعض من
يستحدث الملك قد لا يريد
ذلك فيدار الخ الحكم على دليل
الإرادة وهو التمكن من
الوطء فإن صحيح المراجع إذا
تمكن منه أرادته والتمكن
انما يثبت بالملك واليعد
فانتصب سبباً وأدبر الحكم
عليه وجوداً وعدمه ما يتسيرا
هذا في المسببة ثم تعدى الحكم
إلى سائر أسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث
والخلع بأن جعلت الأمة
بدل الخلع والكتابة بأن
جعلت الأمة بدلا فبها فإن
قبل الموجب ورد في المسببة
على خلاف القياس لتحقيق
المطلق كما ذكرتم فهـ لا
يقتصر عليها فالجواب أن
غيرها في معناها حكمة وعلة
وسبباً فالحق بهادلالة -

(قال المصنف وأدبر الحكم
عليه) أقول وجوداً وعدمه
كما يحجى في هذه الحقيقة
(قوله فإن صحيح المراجع إذا
تمكن منه الخ) أقول فيه
بحث فإن غير صحيح المراجع
ممنوع أيضاً عن الوطء
ودواعيه ولعل الأولى أن
يقول فإن الظاهر أن
التمكن منه يريده والتمكن
انما يثبت الخ والمراد من
التمكن هو التمكن الشرعي

غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليعد
فانتصب سبباً وأدبر الحكم عليه يتسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم
إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء فإذا جاز ووطأها بلا استبراء مع
تحقق الزنا فجواز مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فإنه لا يحل ووطؤها
لأن ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها
ليس لاحترام الماء بل لثلا سبقي ماؤزرع غيره كما مر في كتاب النكاح إلى هنا كلامه أقول فيه خل
من وجوه الأول أن قوله لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل
صحيح للدمي ههنا لأن جواز نكاح المرتبة وجواز وطئ الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية
المرتبة للتملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه إذا رأى امرأة تزني فزوجها
حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرأ
لأنه احتمل الشغل بعناء الغير فوجب النزه كما في الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ فلا
يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء
في الشراء مطلقاً وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المرتبة والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات
فلا يتم التقريب أصلاً والثاني أن قوله فإذا جاز ووطأها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجواز مع احتماله
أولى ليس بمستقيم لأن مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزاً للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء
في باب تملك الجارية بالكلية إذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية عملاً وإن كان مراده أنه إذا جاز
وطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجواز مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب
كما لا يخفى والثالث أن قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا أن ذلك لشغل محقق ولا يلزم من
عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل انما يثبت أن لو كان الاحترام في قول المصنف بعناء محترم قيداً
لنحوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل ونحوهم الشغل معاً والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيداً
للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد
ثابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهماً أن يكون الولد الحاصل منه
ثابت النسب انتهى فإذا كان قيداً للمجموع برد النقض بالجارية الحامل من الزنا فإن رجها مشغل
حقيقة بعناء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضاً والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء بل لثلا سبقي ماؤزرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل ههنا فإن مدار النقض
المدكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضاً
مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بهما التقييد بعناء محترم عكس القول بأن عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فإن صحيح المراجع إذا تمكن منه أرادته ورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فإن غير صحيح المراجع ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه وقال
ولعل الأولى أن يقول فإن الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو
التمكن الشرعي انتهى أقول كل من إرادته وما اختاره ليس بتمام أما الأول فلأن كون غير صحيح المراجع
ممنوعاً أيضاً عن الوطء ودواعيه ممنوع فإن غير صحيح المراجع عاجز عن الوطء والممنوع عن الشيء انما يكون عند
القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لأن يقال الاعي ممنوع عن النظر إلى الهرمات نوع هذا قال تاج الشريعة
في بيان أن الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لأن الشارع نهى عن الوطء ونهى انما يستقيم

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي من المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت البقرة من المرأة والمملوك المسأون له في التجارة وعن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً أو وريثاً وهي موطوءة أبيه وكذا اذا كانت بكر التحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها (١١٤)

وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها للحصول المقصود وهو تعريف البراءة ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الأسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أى بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا يعتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الأبقه) يعنى التي أبقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاه فان أبقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم يملكوها وقوله (حرم الدواى لافضائها اليه) أى الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطئها وحرم دواعيه لافضائها اليه

(قوله وقال أبو يوسف

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الموطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فافيه تبحر تحقيق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولى وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيه ما شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكتوبة بأن كانتا بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكتوبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذا هو مقتضى الحل والحرمة لما منع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الأبقه أوردت المقصودة أو المواجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجوداً وعدماً ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواى لافضائها اليه أو لاحتتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الجبل ودعوة البائع بخلاف الخائض حيث لا تحرم الدواى فيه الا انه لا يحتتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواى لا يفضى الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتقتضى اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعى والظاهر أن التمكن الشرعى مما هو محرم شرعاً غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء مقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمّل (قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الموطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لخفاها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لافى كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية وأجاب حيث قال رد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامه بكرة أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبأ أو طاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحیضة فان السبب لا يتحقق من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امهات ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يخص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فان العلة معلومة ثم تأد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

ولم يجتزأ بها) أقول الاولى تأخير عن قوله ولا بالولادة (قوله إشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قيل المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ماصر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

ولم يذكروا الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها جيل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالك أم من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عام بل على الحكمة بأن الاتصال بحكمة لعدم طرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لأن معنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعلم الحكم تلك الأنواع لتتكون الحكمة حكمة فمما صله أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشيء فإن شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فنهما لا يتيسر ووقوف الشرع عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا أنها تعرف براءة الرحم صيانة للباة المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بعام محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية فإن الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه فقوله فمما صله أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جداً فإن ما له الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لأن يكون حكماً فيها وهذا مما لا يجاسر عليه المشرع ثم أقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً ليس بتمام فإن النص ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستماع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيره أو شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن سنن القياس كما عرف في علم الأصول فإني تيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياساً فإن الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكروا الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل وهي المسببة إلى الفرع وهو غير هاتين حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الإفشاء والوقوع في غير الملك فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول إذا حرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون لاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله علمنا في المسببة أمر واحد لم تعتبر ولما كان في غيرهما أمران تعاضداً اعتبرتا إلى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علمنا في المسببة أمر واحد لم تعتبر نظر فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لتنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيراً من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الإفشاء إلى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعميل حرمة الدواعي قبيل الاستبراء في غير المسببة لافضاءها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحد من العلتين واكتفوا في تعميل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظاهر

أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل وهي المسببة إلى الفرع وهو غير هاتين حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الإفشاء والوقوع في غير الملك فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول إذا حرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون لاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله علمنا في المسببة أمر واحد لم تعتبر ولما كان في غيرهما أمران تعاضداً اعتبرتا إلى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علمنا في المسببة أمر واحد لم تعتبر نظر فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لتنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيراً من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الإفشاء إلى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعميل حرمة الدواعي قبيل الاستبراء في غير المسببة لافضاءها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحد من العلتين واكتفوا في تعميل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظاهر

(قوله ولا يبعد أن يكون لاحق دلالة حكم الدليل) أقول لا يجوز مثل ذلك في القياس فإنه يكون

بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط القياس فليتام

وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة وأصدق الرغبات وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) (١١٦) أى امتد طهرها فى أو ان الحيض لا يبطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الأشهر بالشهر) لأنه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثناءه بطل الاستبراء بالأيام لا القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يقيىن بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامسة فى الوفاة وعن زفر سنان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتمال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقر فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن تزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض عن يوثق به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحه اذا وطئت بشبهة كما سيجى فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون لاحق دالة حكم الدليل لم يكن للتحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع ونسبة المحب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المذمور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الأصول والاستناد بأنهم يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فقبالة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان من منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا ان قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل مع عدمه ولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقيق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار إليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للنوع المذكور بعد ذلك ثم ان ذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصنعنا عن التعرض لها روما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة وأصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول هذا خطب ظاهر اذا لفرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحد منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما إلى ما لفرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأنها لا تحتل وقوعها فى ملك الغير لأنه لو ظهر بها حمل لا تصح دعوة الحربي أه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قدسها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لاوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ ولعمري ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو ووقع من طغيان القلم فالتة خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بغير مدة تدل على أن الحمل لو كان أظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحمل فى ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها (اف ونشربنى) يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله عن يوثق به لأنه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتمالا عليه لاله والحيلة فى تخشية هذه الحيلة أن تزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لأنه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لأنه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء

اذا (قوله وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة إلى قوله ولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى

اذالم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا يتطرق الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعي للافضله اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لابعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذالم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم الزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلا نه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لابعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وليس بتمام فان ما ذكره الامام قاضيان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء الا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذالم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا لا بفساد النكاح بملك اليمين تأمل توقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيه اعلى عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا لا بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لان سلم عدم تجديد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا لا بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أماعن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلا نه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلقظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع ليحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلقظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كافي في وجوب الاستبراء لاننا تمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالا بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه ولكنه بعد محمل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

اذالم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا يتطرق الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعي للافضله اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لابعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذالم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم الزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلا نه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لابعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وليس بتمام فان ما ذكره الامام قاضيان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء الا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذالم يكن فرجها حلالا لا بفساد النكاح بملك اليمين تأمل توقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيه اعلى عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا لا بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لان سلم عدم تجديد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا لا بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أماعن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلا نه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلقظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع ليحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلقظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كافي في وجوب الاستبراء لاننا تمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالا بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه ولكنه بعد محمل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنهما من مسائل باب الطهارة

لان الحيض يمتد شطرها والصوم يمتد شهرها فمرضاؤا كثر العمر نفلا في المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عدناها القصور مددها وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويصاوم ونساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

وقوله (لان الحيض يمتد شطرها) قال في النهاية أي يقرب من شطرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلهما أولم يقبلهما أو قبل احدهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويوطأ أيهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احدهما كان له أن يوطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا بالحكم ما ذكره في الكتاب

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فرمان وجود الملك خال عن الحل مطلة فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في حاشيته كلامه ليس بشئ فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو غلط وجدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريبا شطرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية به ونقل ما في النهاية وفيه نظرا لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدله الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تعدا حدها من شطرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحمل وزمان الاياس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة منه لا آثار كان مقار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتشبه استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال ليكون الشطر هناك على حقيقة لعدم مساعدة عمر المرأة كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكرنا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية تسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجي إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسيدي لان مجي الشطر بمعنى البعض أخذ كرهه صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجرؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدوام أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريبا من نصف عمرها اطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المقتضي الى الحرج فلذلك جعل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم وكذا لا يجوز الجمع
بينهما في الدوامي لاطلاق النص ولأن الدوامي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدنا من قبل فإذا
قبلهما فكانه ووطئ ما ولو وطئ ما فليس له أن يجمع أحدهما ولا أن يأتي بالدوامي فيه ما فكذا إذا قبلهما
وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة ولما بينا الآن أنك فرج الأخرى غيره ملك أو نكاح
أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجهما لم يبق جامعاً وقوله ملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه
بيعاً أو غيره وتعليق الشك فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به وكذا اعتناق البعض من أحدهما
كاعتناق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبي في أكثر مدة الحيض (قوله)
وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم قال تاج الشريعة فان قلت الأصل
في الدلائل الجمع وأمكن هنا أن يحصل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على
ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحاً وحدهما وهو قطعية الرحم فثبت الحكم
هنا أيضاً ولأن قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص اجماً فان أمه وأخته من الرضاع والامة المحوسبة
حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب الكفاية
والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظراً في الوجه الأول فلان حاصله أنه على تقدير
أن يحصل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضاً دلالة
لوجود المعنى المحرم فيه أيضاً وهو قطعية الرحم لكنه ليس بتام إذ قد تقر في أصول الفقه أن عبارة
النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيسلم أن يترك
بهادلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول وأما في الوجه الثاني
فلان حاصله أن قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنياً
لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
اكتونه قطعياً لكنه ليس بتام أيضاً إذ قد تقر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون
ظنياً إذا كان المخصص موصولاً وأما إذا كان مفصلاً لا متأخراً فلا تلخص انذاك يكون ناسخاً للعام في
القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعياً بلا شبهة والظاهر أن مخصص الأم والاخت من
الرضاع والامة المحوسبة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنياً في الباقي
بل كان قطعياً كالحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح المعارضة فتأمل (قوله وقوله)
ملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك
بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى
أقول في بعض غملياته وهو الوصية والميراث والكتابة أما في الوصية والميراث فلان تعليق الغير في
الوصية والميراث انما يثبت بعدم موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله ملك في قوله فإنه
لا يجمع واحد منهما ولا يقبلها ولا يجسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره
ملكاً أو نكاحاً فان شياً من الجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد المات على أن نفس التملك أيضاً على
حقيقته غير متصور في الإرث وأما في الكتابة فلأنها ملحقة بالاعتناق كما صرح به المصنف بقوله وكذا
الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره

وهو مذهب علي رضي الله
عنه عما بطلاق قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضي الله عنه
يقول أحلت ما آية يعني
قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم وحرمت ما آية يعني
قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين والأصل في
الابضاع الحل بعد وجود
سبب الحل وقد وجد وهو
ملك اليمين قال المصنف
رحمه الله (ولا يعارض بقوله
تعالى أو ماملكت أيمانكم
لأن الترجيح للحرم) لا يقال
يجوز أن يكون المراد بالجمع
بينهما نكاحاً فلا يتناول
محل النزاع لأن النكاح
سبب مشروع للوطء فحرمة
الجمع بينهما نكاحاً دليل على
حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب
ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطه الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديده بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطه الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يوطأ الأخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء ابن عباس (١٢٠) رضي الله عنهم أسئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل

صلى الله عليه كان بمكة فأقبل اليها والقرنين فلما كان بالبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن فقال ذوالقرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فنزل ومنى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في أزاروا حذافه سبب يفضي إليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قيص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيماً للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج أحدهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطه الأخرى لأن لا يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ أحدهما أحل له وطه الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعاً بوطه الأخرى لا بوطه الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وأورد في الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه محمود على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في أزاروا أحداً ما إذا كان عليه قيص أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

ملك إذا المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك عين بالكتابة كالا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً قوله وكذا الكتابة كالا اعتناق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالا اعتناق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي نازلة أي مستدركة لأنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجمله مراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه فإذ كره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكسكون اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق الكل الكتابة كالا اعتناق أي كاعتناق الكل حينئذ يصير المقصود من كلمة كذا هي نازلة أو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله فكأنه قال وأيضاً الكتابة كالا اعتناق في هذا والغرض من التشبيه التثريب في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لتبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً فيما قبل مع أنه إذا كاتب أحدهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً وحل الملك في قوله لا يخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما هو عليه بعض المتأخرين تعسف لا يخفى إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل)

فصل

للفقراء وطالبة العلم فقيل في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فدلوا تركت

تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في أزاروا أحداً أو كان عليه جبة أو قيص فينبى ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظراته قال في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته
ضاجعها وكأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامة
أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما إلى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد
نقل ذلك قلت فيه نظير لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب
أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لأن كونه المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك
فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وإنما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة
والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح
تفسير أحدهما بالآخر ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة
لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح
تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص ونظر صاحب الغاية
انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن
المكامة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة
والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة
لا على ذلك الوجه على أن المكامة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
في القاموس كما عهض ضاجعه في ثوب واحد إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح بما قوله بناء على أن الكلام في
المعانقة لتعليل تفسير المصنف المكامة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة
كيف يسوغ تفسير المكامة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون
مطابقا للمدعاء وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم
يقول أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامة المذكورة في الحديث بل أطلقوها
قال الزحشرى في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل
الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما انتهى وقال الجوهرى في الصحاح وكأمع مثل ضاجعه والمكامة
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاستريتهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى
عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل الرجل لاستريتهما وما مضاجعته إياه في ثوب واحد
لاستريتهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا
حكاه الأزهري والجوهرى انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه
فممنوع أيضا لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاستريتهما ليست بأقل من
شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية
سما عدا إطلاق الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامة
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس
بمفيد أصلا لانها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة
ولما سواه في التحقق لا تفكيكا تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل
فكيف يصح تفسير المكامة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية في أن يحصل الرد
عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطق البيان والله
سبحانه وتعالى المستعان

فصل في البيع أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق (١٣٣) بالتقديم قال (ولابأس يبيع السرقي) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعدرة انحصار بمجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حراً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله (ومن أرسل أجراً له مجوسياً وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله (لأنه أخبر بجبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقتضى أثره العيني وقد سبق فهم الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر أياً به أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر أياً به أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشي من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضم فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل لا لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر أياً به أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشي لا يقتضي عدم لزوم الاعمال له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلاً وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققتة آنفاً وما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

فصل في البيع قال (ولابأس يبيع السرقي ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقيين أيضاً لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلبس في الاراضى لاستكثار الربع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطاً ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكانى صاحبها يبيعها فإنه يسهه أن يبتاعها وباطها) لانه أخبر بجبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشترى بثمنه أو وهبها لي أو تصدق بها على لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

فصل في البيع قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلاً كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضاً لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالاً ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقتضى أثره العيني وقد سبق فهم الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر أياً به أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر أياً به أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشي من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضم فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل لا لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر أياً به أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشي لا يقتضي عدم لزوم الاعمال له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلاً وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققتة آنفاً وما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبيح فرق بينهما وبين البيانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضاً أكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في البيانات بأكثر الرأي اذا حصل بعد التعرّي بخلاف ما نحن فيه حيث لا بشرط التعرّي فتأمل (قوله أجيب بان معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدلا وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا
نظرفيه فان كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول
محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به أن الخبر
إذا كان فاسقا أو مستورا ومن يتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم
المعتبرة لا يشبهه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل
واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان أو غير
عدل صيبا كان أو بالغا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه
ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وحيث في الناس ذا مروءة لانه
لا يعيل إلى حطام الدنيا لو جاهدته ولا يكذب لمروءة فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة لان الثاني أعم
من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكافي
صاحبها يبيعها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به
بقوله وكذا إذا كان غير ثقة إلا أن قبوله يكون مع ضمنية التصريح الموافق إلى هنا كلامه أقول فيه
فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله
وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
وهذا إذا كان ثقة انما يكون نصريحا بشرط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا
لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كالا يخفى
والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط
العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة
فيكون مضمون كلامه المزبور جعابين التقيضين اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظر إلى قوله لان الثاني
أعم من الاول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني
من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
قوله وكافي صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علوا كونه
في سعة من أن يبتاعها ويطأها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق
الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكافي
صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة
عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ما أشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا يقبل
قول الواحد إذا كان غير ثقة كما عترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة وقبول قول
الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا وكون قول المصنف وكذا إذا
كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر وان كان كبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نسيج العوالب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت تعليقه بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل والثقة العدل كما بينا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما هو همه جماعة من الشراح على مامر لما صرح بتعليل قبول قول غير الثقة اذا كان كبر الرأي أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالة عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون كبر رأى السامع أنه صادق وقدم في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان كبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هنالك لان ما اعتبر هنالك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجابا ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول كبر الرأى لا ييسق فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا كبر الرأى على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بكبر الرأى اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشئ فان كبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو أحرى الامر من في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فإلم بطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول كبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط كبر الرأى فيه وانما اعتبار كبر الرأى فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل كبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذي في يده الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة له معه بنفس الخبر بل يتعري في ذلك فان وقع تحريه به على أنه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه به على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريه منه وان لم يكن له رأى بقي ما كان على ما كان كافي الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الماذكور في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثاني لانه هو الحامض لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والان أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره

وقوله (لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) يعنى فيها هو اعظم من هذا كالقروج والدماء الاترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره لملاشها راسقه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان كبراً به انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان كبراً به انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آباءه من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له

أن ينتزه وقوله (وان كان الذى آناه بها) أى بالخارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالخارية اذا كان عبداً أو أمة وقال لا خير وهبتها منك أو بيعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المتأني للثالث وهو الرق معلوم فيه فلم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر) بالراء المهمة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئاً ولا منازع للخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام كبر رأى المخبر به واذا ظهر ذلك سهل تطييق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض

لان كبر الراى يقوم مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم أنها فلان ولكن أخبره صاحب الميدانها فلان وأنه وكاله يبيعها أو اشتراها منه والمخير ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر كبراً به لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذواليد فاسق لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبراً كبر الراى عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك حينئذ يستحب له أن يستنزه ومع ذلك لو اشتراها يري أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى آناه بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآناه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليل أم لا الا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجي وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيها هو اعظم من هذا كالقروج والدماء الاترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره لملاشها راسقه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان كبراً به انه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان كبراً به انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آباءه من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له أن ينتزه وقوله (وان كان الذى آناه بها) أى بالخارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالخارية اذا كان عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآناه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليل أم لا الا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجي وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيملاي بطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستحباب الحال (قال المصنف وان كان الذى آناه بها عبداً الخ) أقول قوله عبد أخبر كان وآناه بها ماله للذى والهاف في آناه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى آتى بالخارية أو من الجارية التى آتى بالخارية والباه في بها باء التعدي

عدني وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح
كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مريضا أو أياها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم
يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبره بفسادهم قارن والاقدام على العقيد
على صحته وانكار فساده ثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج
أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل
على انعدامه فلم يثبت المنازع فاقتربا وعلى هذا الحرف بدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا
تعتبر عن نفسها فيدرج يدرج يدعي أنها له فلما كبرت أقيمها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه
أن يتزوجها لتحقيق المنازع وهو ذوالبند بخلاف ما تقدم قال (وإذا باع المسلم خيرا وأخذ منها وعليه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في
الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال ممتوم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي فلكه البائع فيحل الاخذ منه قال
(ويكره الاحتكار في أقوات الأديسين واليهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي
فأما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب من زوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصير كبيرا لانه حابس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن
تلقى الركبان قالوا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكره وفي الوجهين لانه
غادرهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالخطة والشعير والتبن والقوت قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر وهو المؤثر في الكراهة
وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر وإذا
طالت يكون احتكارا مكرها لتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه
والباقي واضح قال (وإذا
باع المسلم خرا الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد
رحمته الله انه قال هذا اذا
كان القضاء والاقتضاه
بالتراضي فإن كان بقضاء
القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن
الخرطاب له ذلك بقضائه
وقوله (ويكره الاحتكار)
الاحتكار افعال من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الأقوات متربصا للغلاء
وقوله (فان لبس فهو
مكره في الوجهين) يعني في
الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه وجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
لغيره لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في الغناية وكثير
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعدد كره هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل
الاكل والشرب ان الحل والحرمه من باب البيانات فيقبل قول الواحد فيها اذا لم تتضمن الحرمه زوال
الملك كما اذا أخبر واحد بل بجل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمه لا تنافي الملك وأما اذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمه كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة
لان الحرمه المؤبد لا تنصور مع بقاء ملك النكاح فاضل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول
بجمله ساقط جدا لان الذي تقر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل
والحرمه اذا لم يتضمن زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظر الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أو بعين ليله فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لأن مادونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثمين أن يتر بص العزة وبين
أن يتر بص القبط والعباد بالله وقيل المدة للعاقبة في الدنيا أما بآثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة
في الطعام غير مجودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول
فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني
فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها وقال أبو يوسف
يكروه لا مطلقا مروينا وقال محمد كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه
لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا
فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن
يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بين واذرفع إلى القاضي هذا الأمر بأمر المحتكر
بيعه ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وبنها عن الاحتكار فإن رفع اليه مرة
أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتكلمون ويتعدون
عن القيمة تعدد يا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعر فيئذ لا بأس به بمسورة
من أهل الرأي والبصيرة فاذفع ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي وهذا ظاهر
عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم
بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو
على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المدين وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر
عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه
تسبب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل
أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خرا) لأن
المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه قال
(ومن أجر بيتا ليخذه في بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند
أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره به شيء من ذلك لأنه أمانة على المعصية

وقوله (ويتعدون عن القيمة
تعد يا فاحشا) بأن يبيعوا
قسيضا عبائة وهو يشتري
بخمسين فيمنعون منه دفعا
للضرر عن المسلمين وقوله
(يرى الحجر لدفع ضرر عام)
يعني كالطبيب الجاهل
والسكارى المفلس

هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان
باستصحاب الحال لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة
أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لإجمال الواقع هناك في الظاهر
فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس
به لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لأنه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة ولو احتمل لا ضعيفا فلا يكره بالشك لو جرد هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
أقول ليس هذا بشرح صحيح لأن كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا
بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمر المسلمين بمحولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب
الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة أن لم يكن احتمال أن
لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالتك على معناه
المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله
في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه وانما عقده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس وانما يبيع الخمر والنخازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذي خرافاته يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره ذلك) لانه اعانه على المعصية وقد صرح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرة حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وفعلها فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحل ولا يقصده والحديث محمول على الحل المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالجمله لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله أنه أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفناوى قاضخان وسائر المعتمرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه إذا استأجر الذي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها واصله الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلي فيه مسجد يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبن أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعندهم تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا لادان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه إذا استأجر ذي من ذي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عندهم مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت إلا أن جعل منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتنامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي من المسلم دارا ليصلي فيها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فخارت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجرها لها انما أجرة السكنى فكان بمنزلة ما لو أجرة دار من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصى فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد به إذا استأجرها الذي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فأما اذا استأجرها في الابتداء ليخضعها لبيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليخضعها لبيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لتكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحل) لان الشرب قد يوجد دون الحل وبالعكس فلا يكون الحل مستلزما للمعصية

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا تنافسها الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينقر صيدها ولا يختل خلها ولا يعرض شوكتها فكذلك في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من أجر أرض مكة فكلنا ما أكل الرابولان أرضي مكة تسمى السواحب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فمضاجره بغيره فهو أن يأخذ منه ماشاء حاله لا انتهى رسول الله عليه السلام عن قرض جزئ نفعها وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزأ جزأ لأنه ودعة وليس بقرض حتى لو هلك لأشئ على الأخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند اللودعة فلا فرق حينئذ بين صورة الودعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا عن شرط الشرط بمعنى وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا

جمعوا وليس فليس وذكر أحد القوانين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز في كلام الثقات وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بركة أو يساع الخرفيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن إجازة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتهما لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كثر به لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره من نوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا عن شرط التعليل فان في المسئلة المذكورة صور الإيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة وإيجاره لأن يتخذ فيه بركة وإيجاره لأن يساع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البركة معصية للذي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف واتخاذ تلك الأمور ينافي بالإيمان فكانت معصية قطعها وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً فقطع نسبه عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الخمر الذي الخمر فالأمر بين حنيفة لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذي فلا ضير فيه لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرايع أم لا فيجوز أن يكون معنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبني كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرهما ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

﴿مسائل متفرقة﴾

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن وپروی جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب تنكالا عليه فيكره فانرا في زماننا لا بد للعجم من دلاله فترك ذلك اخلاصا بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتخمية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

﴿مسائل متفرقة﴾

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نطق المصاحف فيكون دليلا على كراهة نطق المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرته جعفر ولا علي لانهم كانوا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك ونورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب في ربيع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المسد كور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى عيّن أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وعمل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلام الدار والحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور ما ترك لنا من أمن البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استبلاه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الأثر من الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الاجمال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة بارسول الله أنزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا يأسه لانه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عروسة داره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والمجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها والحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسي ونعم الوكيل

﴿مسائل متفرقة﴾

قوله ولا بأس بتخمية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سمع من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صرح بها ولا التزاما بل انما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد ووجه هذا
 يخرج مالا والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وفد
 ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة
 على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام
 الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة قال (ولا بأس
 بخصاء البهائم وانزاع الحية على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صرح أن النبي عليه
 السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة
 اليهود والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا
 مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعدن العزم من عرشك) والمسئلة
 عبارتان هذه ومعدن العزم ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذ كرفيدل على أن النهي عن
 الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحكم في النبي أو الحصر النبي في الحكم كقولنا انما
 الطيب زيد وانما زيد طيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحكم في النبي أو الحصر النبي في الحكم
 ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا في أنهم
 نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى
 فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فأنما نير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت
 عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
 اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد) أقول لا يذهب عليه أن هذا الدليل لو تم دل على أن
 لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر
 المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان
 الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا
 وجه له في حق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد
 وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاس انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر
 عقليا لانما فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس
 لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى
 لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد ثقيف في مسجده وهم
 كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضر بهم
 خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم
 على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما على النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة
 للفائدة معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو
 قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف
 في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره
 استخدام الخصيان) قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض
 المتأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعبريات من كتب اللغة أن جمع خصي
 هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعبادة
 اليهود والنصارى) قبلهم ما
 لان في عبادة الجوس اختلافا
 بين المشايخ رحمهم الله ففهم
 من قال لا بأس به لانهم من
 أهل الذمة وهو المروى عن
 محمد رحمه الله ومنهم من
 قال هم أبعد عن الاسلام
 من اليهود والنصارى ألا ترى
 أنه لا يباح ذبيحة الجوس
 ونكاحهم بخلاف اليهود
 والنصارى واختلفوا في
 عبادة الفاسق والاصح أنه
 لا بأس به لانه مسلم والعبادة
 من حقوق المسلمين وكلامه
 واضح

(قال المصنف ولان الكافر
 لا يتخلو عن جنابة) أقول
 هذا لا يخص المسجد الحرام
 (قال المصنف والآية
 محمولة على الحضور واستيلاء
 واستعلاء) أقول لا على
 منعهم أن يدخلوها
 مستولين وعلى أهل الاسلام
 مستعلين وأيضا النهي
 تكويين لا تكليين

وكذا الاولى لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم اني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كابل وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلتاك التامة ولكننا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخلق قال (ويكره اللعب بالشرطيخ والزند والاربعة عشر وكل هو) لانه ان قامر بهم فاليسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضله عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشرطيخ لما فيه من تشجيع الخواطر وتذكير الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لذا قوله عليه السلام من لعب بالشرطيخ والزند شير فكانت غمسه يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهالك عن ذكر الله فهو مبسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذير الهم ولم يرا أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعاره دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريدة رضي الله عنها وكانت مكتوبة وأجاب رطه من العصاة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجحد التاجر يدانها ومن ملك شيئا علك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على أصل القياس

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشي حدث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر لصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الایهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الایهام إلا أنه علل الایهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فسوق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلان معنى لقوله فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث ظاهرا وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المسد كور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوههم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز يزل موصوفا

(قوله لهو المؤمن باطل
الا الثلاث) كذا بالاصل
والمحفوظ الا في ثلاث اه
مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر به
فاليسر حرام بالنص وهو
اسم لكل قمار وان لم يقامر
فهو عيب ولهو) أقول
ولذلك لم يعزروا قال بما قامر
لان أبو يوسف قال في رواية
لا بأس باللعب بالشرطيخ
كذا في المحيط السرخسي
في باب التعزير وفي محبة
التعليل كلام لا يخفى

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أبها فوجب له أن يزوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابتين من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (وأجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (١٣٣) وفي بعضها وأجارة الأتار وكلامه

واضح وقوله (ولا يجوز لللقط أن يواجره) هذا يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فنفهم من جملة على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأتار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارتها على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وإن كان في حجره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب أجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام على يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق قال في النهاية وأما الغاية بالأدال فغلط كذا في

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا عليك الامن هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بأناية الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعها وأجارة الأتار وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والام والملةقط اذا كان في حجرهم واذما ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به الا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا عليك الملةقط والأخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان الاثبات بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فملك بالعقل والولاية والجر وصار بمنزلة الاتفاق قال (ولا يجوز لللقط أن يواجره ويجوز للام أن يواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تلك اتلاف منافعها باستخدامه ولا كذلك الملةقط والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الاذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويروي الداية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرك رأسه وهو معتادين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالأحرار بالنار (ولا يكره أن يقبده) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحريزا عن اباقة وصيانة لئلا قال (ولا بأس بالخفنة

به ولا يزال موصوفاً به انتهى إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أوردته ذلك البعض الظاهر أن ما هو رواعنه ههنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحدث إذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كالأحوال والوجودات بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون أصول الصفات ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا ينبغي فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو رواعنه إيهام تعلق عزه تعالى بالحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدءاً ومنشأً لعزته تعالى كما هو مبدء كلمة من في قوله بمقد العزم من عرشك اذا الظاهر المتبادر منه في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يفتي على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلقاً فاضلاً لا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما الحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضته منه فهو المهر وب عن إيهامه فيما نحن فيه بل لا ريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية اعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قوله الأباقي أما في زماننا فلا بأس به لعلنا لا باق خصوصاً في الهند

(قال المصنف ولا يجوز لللقط أن يواجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح وقال أكمل الدين يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فنفهم من جملة على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأتار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارتها على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله وأجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقدم أنه يجوز في كتاب اللقيط (قوله فالأول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب اللقيط

وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أى باباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تدأوا وعاد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهزم والامر بالتوكل محمول على التوكل عندنا كتناسب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزى اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرؤ ونحوها لان

(١٣٤)

يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرؤ ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في ما لهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بحال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطاً فهو حرام لانه استتجار على الطاعة اذا القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيراً فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامته فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب بقدره عن اقامته وان كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال وقيل الاخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظر المان بولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زماناً يتعذر اعادته ثم تسميته رزقاً يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن المحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالمحرام وانما يكون بالحلال قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلنا سلطان وجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقاً بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقاعد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والواقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر بال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوجب لها أنما لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فانه لما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه والولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز ثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطيعت كلمة سائر الشراح أيضاً على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كله بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عنده زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضاً بخلاف قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عداها ما ذكره من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لان عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقطب الذي يده للتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلاً بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما ذهب الصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتغويض الأب أموراً اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وعلا مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاهنا حيث لا يمكن لكونه لا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لاهل الضرورة لا بتقوى الأب ومع حضرة الأب لاضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لأب له أى لأب له مع روف لأن لا يكون أبوه حياً وهو بيان للواقع فان القبط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفاً من العيلة أو فراراً من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

زمن عمر رضي الله عنه فتقبل احترازه عن ما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهرزال

الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمانة المرض فإنه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد هنا ارادة مجردة التسمين بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

هجر وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب فأشوا على نفقة الزوجة إذا استجملت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولابأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة الى ما ذكرنا من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كافي المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لكانت بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فإنه يتفعل في مواضع شتى

على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استجمال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولابأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع ببعضها

كتاب احياء الموات

لابأس ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أم الوهبقت أو قبض لها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لأن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً إلى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فإن مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه إذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشي ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة من زوجة وكانت عنده زوجها يعولها فلا وجه لثني وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً ولا معنى لحمل قوله لأب له في مسألة الحام مع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لأب له معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لأنه ان كان المراد لأب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جد الاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لأب له معروف أصلاً أي لاحق الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما هو ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الأب كافي المولود من أمته فالحق عندي أن قوله لأب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فإنه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يمكن كونه ابعدهم الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لأن تصرفه هو لا للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كايه قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كالا يخطئ فتبصر والله الموفق للصواب

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لكانت بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فإنه يتفعل في مواضع شتى

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سجة بالميت (١٣٦) من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله

بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد لأن عاد الم ملك جميع أراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله (أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمه الله وقال بعضهم الأراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكة) من تمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيستدار الحكم عليه) أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياء) واضح

قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف ~~لا~~ لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى أقول توجهه الذي ذكره بقوله ولك أن تقول الى آخره ليس بتمام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الأديمين ولا ينتفع بها أحد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسير بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي لاننا نقول الظاهر المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة بلاضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرنا أولا فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفنا بالاعم وهو ليس بأقل فصاحب التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكك أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قال قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحدد لغوي وزيد عليه في الشرع أشياء أخرى ما في قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في أقصى العاصم فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف

(قوله ولا ي حنيفة قوله عليه السلام ليس للرأ الا ما طابت نفس أمته به) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير إذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير الارض لله ورسوله ثم هو بعد مني لكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح السكاكي وفي كلامه تناقض ومارواه ظاهره الظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً الى عاد انتساب الملكية (قوله فيستدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضيق عليه حكمي أي مذكور حكمه لانه ما له من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا له أو أقرب للتقوى

الارض لله ورسوله ثم هو بعد مني لكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح السكاكي وفي كلامه تناقض ومارواه ظاهره الظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً الى عاد انتساب الملكية (قوله فيستدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضيق عليه حكمي أي مذكور حكمه لانه ما له من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا له أو أقرب للتقوى

وقوله (وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن الشرع (١٣٧) على نوعين أحدهما نصب الشرع

والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رصف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه

الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتا فهي له من ذلك القليل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتية فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على عليه المشتق منه ذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للره الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ رجعهم الله اختلافوا في أن احياء السموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس في موضع

وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احيها ثم تر كها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالا لارقبته فاذا تر كها كان الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالا حياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا مواتية ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فمن محمدان طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومها لاتي المطالب ههنا فان قلت عمومها غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيسأل المصادرة على المطالب (قوله وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره ان الشرعيات على نوعين أحدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء أو رصف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرى بضاعى القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مواتية فهي له من ذلك القليل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الخطب والحشيش وماروياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذا كر لبيان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام والخطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرح بخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضا الزكك كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعيني أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الخطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بماروياه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الخطب والحشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الخطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بماروياه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول ايضا ولا شك أن تخصيص الخطب والحشيش بمارواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فينبأ الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونهم امن الغنائم دليل آخر عقلى لا يحنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في عشمية الدليل النقلى فبالصير الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خبط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه سيجى في الكتاب أن المسلم والذى مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالا حياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه جملة على كونه اذنا لاشترعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها انظره) لانه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (وذلك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

في السبب بوجوب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالسليمان (قوله ومن حجر أرضا) يحوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الحجر حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن أحيائها فكان التججير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رجعهم الله اختلفوا في كونه مفيدا للملك ففهم من قال يفيد ملكا موثقة الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل وغرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل منى ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ماروى عن

لتعينها انظره وقصد الرابع ابطال حقه قال (وذلك الذي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فاستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للسليمان من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيله لا لقصود ولان التججير ليس بأحياء لملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتججير الاعلام سمى به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الحجر حوله أو يعلمونه بحجر غيرهم عن أحياءه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمعجر

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه جملة على كونه اذنا لاشترعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها انظره) لانه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (وذلك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه جملة على كونه اذنا لاشترعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها انظره) لانه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (وذلك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه جملة على كونه اذنا لاشترعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها انظره) لانه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (وذلك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

عمر رضي الله عنه ليس لمعجر

بعد

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه جملة على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك

حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩)

وقوله (من غير أن يتم السنة) هو ما ينبت للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الأخير) يريد حفر البئر (ورد الأخير) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أودلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) إشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الأبل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهرها وقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحریم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان مهيء أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رنا بثلاث سنين لان مادونهما من الساعات والايام والشهور ولا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاء ثمانيا لظاهر أنه تركها قالوا هذا كاه ديانة فأما اذا أحياءها غيره قبل مضي هذه المدة لم يكن التحقيق الا حياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل بجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقي الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الخشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم السنة لينبع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفي الأخير ورد الأخير ولو كرهها وسقاها فعن محمد أنه أحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أبنهارها لم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الأبنهار كان أحياء لوجود الفلين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون أحياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز أحياء ما قرب من العامر ويترك مرغى لأهل القرية ومطر حالصا ندهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانع التعلق حقهم بها عنلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالمخ والأبار التي يستقي الناس منها الماء (ومن حفر بئرا في بيرة فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو بآذنه وبغير إذنه عندهما لان حفر البئر أحياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئته ثم قيل الاربعون من كل الجانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام يدفعها الى الغير بعد الأحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصها ليعملوا على التعطيل فان قلت يملكها الإنسان بالأحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالنصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكه أحدا الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوكه اليه لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعطيل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس بأحياء لملكه به فلا يكون التعطيل الاول مفيد المدعى بدون الثاني مع أن أسلوب تحجير به يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعطيل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا والظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعده عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاعه عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يتحقق ما فيه من الركاكة أما ولا فلانه كان ينبغي ان يقال أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ما بيناه لانه يلزم حينئذ أن يقتصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور ببيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ما بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلى على الترتيب ثلاث سنين ثم هذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع

فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله مارونيا) يريد بقوله عليه السلام من حفر بئرأفه مما حولها أربعون ذراعاً من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بأنه مقيّد بقوله عطاءنا شئته فيكون قد فصل (١٤٠) بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد

فإن الغالب في انتفاع
الآبار في الفلاوات هذا
الطريق فيكون ذكر
العطن **ذ**كرا لجميع
الانتفاعات كما في قوله تعالى
وذروا البيع قبل البيع
لما أن الغالب في ذلك اليوم
البيع وكذلك قوله تعالى
إن الذين يأكلون أموال
اليتامى ظلما والوعد ليس
بمخصوص بالآكل ولكن
الغالب من أمره الآكل
فاخرجوه على ما عليه
الغالب والدليل على ذلك
ما روى أبو يوسف رحمه الله
قال حدثنا أشعث بن
سوار عن الشعبي أنه قال
حريم البئر أربعون ذراعا
من ههنا وههنا وههنا
وههنا لا يدخل عليه أحد
في حريمه وفي مائه وقوله
(والعام المتفق على قبوله
والعمل به) يريد قوله عليه
الصلاة والسلام من حفر
بئرا لا نكسة من تصد
العموم (أولى عنده) أي
عند أي حفيظة رحمه الله
(من الخاص المختلف في
قبوله والعمل به) يريد به
حديث الزهري حريم العين
خمس مائة ذراع وحريم البئر
العطن أربعون ذراعا
وحريم نزل الناض مستون

لان في الاراضي رخوة ويحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للتناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر التناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء و بئر العطن للاستقاء منه بيده فقط الحاجة فلا بد من التفاوت وله مارويان من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس بأبي استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وقمنا تعارضا فيه حفظناه

(قوله لان في الاراضي رخوة و يتحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها فاقطعنا فلا بد من أداة التفرع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل لتعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر افله مما حولها أر بعون ذراعا ظاهري كون الاربعين من كل الجوانب الاربعه على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحرمان دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ما آل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفي فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج ورشده اليه تقرر صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أر بعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يحفر بئر في حريمه بئر أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله و ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أر بعون ذراعا و قوله من غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أر بعون ذراعا و قوله اولى عنده أى عند أى حنفية رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أى حنفية منقوض بما اذا كانت البئر عين فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كسأى مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أر بعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أر بعين ذراعا عنده قليلا مثل في الفرق (قوله ولان القياس بأبي استحقاق الحرمان لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه و فقيما تعارضاه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا التماس

ذراعا وردّ عموم الاول بأن معناه من حفر بئر للعطن فله مما حولها أربعون ذراعا وهو خاص
بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصوصا وإنما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا للمقتضى
القائم فانه باي استحفاظ الحر لم يلان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل في موضع الحفر استحفاظه لكن انار كتابه

ولا نه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فخرعها خمسمائة ذراع) لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي إلى تفويت حقه والاخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الأول لا الأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جنابه حفره به كما في الكفاية يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل بضمنه النقضان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقضان وما عطف في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضان العام بيقينه والخاص بثبته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لأن المتعارضين من الداليل انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لأن العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الإشارة والخاص بثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتمارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى وأتقى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تأتي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارض فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساوى في القوة ولم يوجد احد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولأنه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لأنهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقي منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقي منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول) أقول فيه اشكال اذ المقادير عما

فيجب المصير إلى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكسرة بقبضة وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجنى زيد وكرمه في كون لعطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذكر طريق معرفة النقضان) وهو أن يتقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة يجري الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كاري

(قوله إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تقدر من كل جانب ولكن لم

يدكر بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (بهورد الحديث) يريد به ما روى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهر الرجل وأرضه على شاطئ النهر لا آخر فتنازع في المسئنة فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالخائط ونحوه فالمسئنة لصاحب الأرض بالإجماع وإن لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيه الحق حتى إن

صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله المسئنة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربة في كل حين أما الانتهار المسار التي يحتاج إلى كربة في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف يتأنيبه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالنهر) يعني بجامع الاحتياج فإن استحقاق الحرم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدي الحكم منهما إليه (وله أن القياس باباه على ما ذكرناه) يعني قوله ولأن القياس يأتي استحقاق الحرم إلى آخره وفي البئر عرفناه بالآخر فكان الحكم معه ولابه عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة إلى الحرم

وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئر أو راه حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها ولثاني الحرم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والفتاها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحرم وقيل هو عندهما وعند لا حريم لهما ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره فيقدر حريمه بمخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات أي حريم أيضا حتى لم يكن لغريمه أن يغرس شجرة في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يحد فيه غيره ويضع فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب بهورد الحديث قال (وما تركه الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز أحياؤه) الحاجة العامة إلى كونه نهر (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالأموات إذا لم يكن حريم العامر) لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك وقاله مسئنة النهر يعني عليها ويلي عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهر في أرض موات باذن الإمام لا يستحق الحرم عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسهيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى القاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد لا يخرج فيكون له الحرم اعتبارا بالبئر وله أن القياس باباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالآخر والحاجة إلى الحرم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء والاستقاء لا بالحريم فتعذر إلحاق ووجه البناء أن استحقاق الحرم ثبت اليد عليه اعتبارا بالنهر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه أن شاء الله تعالى وإن كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحرم في يد صاحب النهر باستمساك الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه

لا يدخل فيه للرأى أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به وانفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير قصير الزيادة عليه عملا بالأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فلنأمل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصورا لأنه لا يتمشي فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة فله يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر أنفا وبجهد التحجير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكا للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره فلا أولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره ألا نشك أن الحق ثبت بالتحجير كما ثبت بالأحياء ولهذا لا يقدرا الإمام أن يأخذ هاهنا

فه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليحق به بالدلالة ووجهه أن إلحاق بالدلالة (وله أنما يكون إلا على الأدنى أو المساوي والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك فإن الحاجة إلى الحرم فيه أي في البئر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء والاستقاء لا بالحريم فتعذر إلحاق وقوله (ووجه البناء إلى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف والفتاها حريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم) أقول لأنه يلحقه بعض الحرم في نقل الطين والمشى في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه وقوله (يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما ذكره وقوله (والقضاء

(١٤٣)

في موضع الخلاف) أى في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لأقضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولاننازاع فيما به استمسك الماء) جواب عن قوله ما ان الحريم في يد صاحب النهر بالمسألة الماء وهو واضح وقوله (والمنازع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لأحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهدان في يده ما هو أشبه به كاشين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر ملق على باب أحدهما يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسكاه ما منه رة فالأخر دفع به الماء عن أرضه والمنازع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائظ لرجل ولا آخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مساة ولا آخر خلف المسناة أرض تركها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقاله لصاحب النهر حريم الملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملق فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدورى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفضح وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله في الغرس بقوله ما في القاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا جحر أرضا ولم يمر هاتلا سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سيد بلان الإشارة الى ما ذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكاني ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لا ختل التعليل المسد كور تبصر (قوله وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما اذا لا شك أن ولاية الغرس في موضع من يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا يستر به فكيف خفي على مثل ذلك القائل

(قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لا يرتفع

الحريم من الأرض لا الاستواء في الأرضية (قوله هو الموعود بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعود بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وغرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها هنا الشرب بالشفاء ويجوز نهر نحو ارضه وسبحون نهر التردود جله نهر

(١٤٤)

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ واذا كان لرجل ثم رأو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الاراضى حتى ان من أراد أن يكرى نهرها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كيجون وسبحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى فان احيوا واحدا أرضا ميتة وكرى منه نهر ليس فيها ان كان لا يضر بالعمامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يعيل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت صفته فيغرق القرى والاراضى وعلى هذا نصب الرضى عليه لان سقى النهر للرحى كشفة للسقى به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها موضع الاحراز ولا علك المباح بدونه كالتبى اذا انكسرت في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلم يمنع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا أحياءها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضربهم ولم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بجنا ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المجرى في الاوانى وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصيبا لم تقطع يده

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجع الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لاحتماله وانما مقصود الشرح هنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فليتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصيبا لم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة

وأنت ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصحى في الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكّر على لفظ المؤنث نظر الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لافى الليالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنشأ وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذى لم يجز نخلها الحياض والعيون والابار والانهار وأما الكلا وهو مالا ساق له فاما أن ينبت في أرض شخص أو أنبت فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحدا لا يدخل ملكه الا بانه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فكان أو قد نارا

ولو في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح بها وتجبف الثياب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما أنبت فيه الشربة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشربة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

بالعمل به بإبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصومات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسبق المزارع والمشاوذة كرفي المسوط وأكثروهم على أنه أن يمنع في مثل هذه الصور لأن الشفة مالا يضرب صاحب النهر والبئر فأما ما يضرب ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح إشارة إلى اختلاف المشايخ رحمهم الله فإن منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للخرج وقوله له ذلك في الأصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ إذا قالوا ليس له ذلك إلا بآذن صاحب النهر عن إظهار الحديث وقوله (لأن الماء متى

ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يحده ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وإن كان لا يجذب يقال لصاحب النهر ما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر صفته وهذا مروى عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتقر في أرض مملوكة له أما إذا احتقرها في أرض موات فليس له أن يمنع من الموات كان مشتركا والحفر لأحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منع عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الأناة حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه وكذا الطعام عند إصابة الخمصة وقيل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعض الأئمة لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الابل لا ترد هافي كل وقت فصار كاليدومسة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسبق المزارع والمشاوذة والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجرة أو خضرا في داره فلا يجزأه له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه ويمدون المنع من الدناة وليس له أن يسقي أرضه ويغخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وقناة إلا بآذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق به أحقه فلا يمكنه التيسيل فيه ولا شق الشفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فيجري فيه الإباحة كالماء المحرز في أناته

بهذا الطريق وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ولا يلزم بالعمل به بإبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصومات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظرا لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المسد كور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر فاتهم - كما وبأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكا بالاحتراز وينقطع حق الصغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لمحال فلو علمنا بالحديث المسد كور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خاص لمن أحزره لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المسد كور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المسد كورة فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق إنسان ماء محرزا في الأواني كما لا ورثها الآية المسد كورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاتحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز لأحد على الأربع فكذلك معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس

عالمه

﴿فصل في كرى الانهار﴾ لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذا لم يوجد مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ ذكره ووجهه الحصر في الثلاثة ظاهرا لان النهر اما ان يكون عام من كل وجه أو خاصا كذلك (١٤٦) أو عام من وجه خاص من وجهه أما الاول فكالفترات وسبحون

﴿فصل في كرى الانهار﴾ قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة مخرج غير مملوكة لا حد ولم يدخل مأوى في المقاسم بعد كالفترات ونحوه ونهر مملوك دخل مأوى في القسمة الا أنه عام ونهر مملوك دخل مأوى في القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كرى به على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالأمام يجبر الناس على كرى به احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم ليعتم أولادكم الا أنه يخرجهم من كان يطبقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم وأما الثاني فكبرى به على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخصوص ومن أبي منهم يجبر على كرى به دفعا للضرر العام وهو ضرر ببقية الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانتباذ وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الابي والافلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكبرى به على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الابي كافي الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابي عما أنفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لخلق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا

﴿فصل في كرى الانهار﴾ قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذا لم يوجد مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ ذكره انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أثناءه ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كرى به على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد مؤنة الكرى على أهله لأنه يوجد مؤنة الكرى اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثاني فكبرى به على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لاننا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنه في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كرى به على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا اذا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجهه التأخير الذي ذكره ههنا ثم أقول ما ذكره ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية عما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود

وجيئون ودجلة وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيما قبله (الا أنه يخرج له) أى للكبرى من كان يطبقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطبقه على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصته من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله (خيفة الانتباذ) يقال بنق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص ثم قيل يجبر الابي كافي الثاني وهو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي

سعيد البخاري رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من مؤنة أى من أهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الابي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا يجبر لخلق الشفة) جواب عما يقال ان كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الابي على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الابي لخلق أهل الشفة كالأهات منع جميع

أهل النهر عن كربه فانهم لا يجبرون على الكرى حتى أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (١٤٧) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه

انقاع غيره) قال في النهاية
الصواب نفع غيره لان
الانقاع في معنى النفع غير
مسموع وقوله (لانهم
لا يحصون) يعني فكافوا
بجهولهم

فصل في دعوى الشرب
والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فمراغ بيان
مسائل الشرب ختمه بفصل
يشتمل على مسائل شتى من
مسائل الشرب (بجوز
دعوى الشرب بلا أرض
استحسانا) قال في المبسوط
ينبغي في القياس أن لا يقبل
منه ذلك لان شرط صحة
الدعوى اعلام المدعى في
الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل
الاعلام ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله
(ترك على حاله) معناه لم
يكن له ذلك

فصل في كرى الانهار
* (قال المصنف فلا يلزم
انقاع غيره) أقول الصواب
نفع غيره لان الانقاع في
معنى النفع غير مسموع
فصل في دعوى الشرب
* (قال المصنف لانه قد يملك
بدون الارض ارنا) أقول
قد يملك بالارث مالا يملك
بالبيع كالقصاص والخمر
(قال المصنف واذا كان
النهر لرجل الخ) أقول أى
ماؤه كرا للمحل وأريد الحال
(قال المصنف لانه مستعمل

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة
رجسه الله وقالاهي عليهم جميعا من أوله الى آخره بمحض الشرب والارضين لار لصاحب الاعلى
حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن انقص من الكرى الانقاع بال
وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانهم يدفع المانع أرضه بسده من أعلاه ثم أعلاه رفع عنه اذا جاوز أرضه كما
ذكرناه وقيل اذا جاوزتوه نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لانه رأيا في اتخاذ الفوعة
من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانه
الكبرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ ثم كاؤنه بالاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى
شي لانهم لا يحصون ولا ينهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه
قد يملك بدون الارض ارنا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مروي غوب فيه فصم فيه الدعوى (واذا
كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجبرى النهر في أرضه ترك على حاله)
لانه مستعمل له باجرامائه فغند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن انقص من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى
فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع
كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزنوجي الى هنا كلامه واقتنى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا
على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو عند الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين
اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أن نفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة
لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب
الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلامه هو لا الشراح على الترتيب المذكور فقلت
لا يلزم أن تكون الهمة هنا التعدد لكون النفع متعدد بابدون الهمة بل يجوز أن تكون التعريض من
باب أبغته فان باع متعدد ولما قصد وامنه التعريض أدخلوا الهمة عليه على قصد أن يكون المفعول
معرضا لاصل الفعل فان معنى أبغته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا
يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ما له أيضا اثبات اللغة
بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعته
أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه
بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه
قد يملك بدون الارض ارنا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مروي غوب فيه فصم فيه دعوى
البيع) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في
الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب
كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس
في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتق بالتقاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى
في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه
بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارنا وباقيا بعد بيع الارض ومروغوبيا فيه والا يلزم
أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

له باجرامائه (أقول الضمير في قوله عائدا الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن (١٤٨) مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعى

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيم اية قضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقه مستحقا فيه وعلى هذا المصوب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيما نظره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتم قدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود الطريق وهو في الدار الواسعة والضيقة على غط واحد فان كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين ولكنه يشرب بخصته فان راضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بخصته أو اصطالحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ما ذكره في الكتاب لو كان محصا لدعوى الشرب مع جهاته لكان محصا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجعولة مع كونها باطلة قطعاً نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكورا يضاف في المبسوط ومنه قول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالتحرف في حق المسلمين فان ما ذكره في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهيم ثم أقول الوجه الاول من ذلك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الإصالة في البعض الآخر أنه من منظور فيه عندي لانهم ان أرادوا بقوله في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه إذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا به شرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شأنا فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه في الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا بدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أي بأن لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا في قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستند كالحضأ فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجران ماءه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده إشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا إشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شي من علامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السباق والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقة النهر وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها ان كان يدعى الاجراء في هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (حكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الامور المسد كورة (نظيره) أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتم قدره) معارض لانهم قالوا قد استحووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في البدن توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الأعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من إبطال حق الباقيين ولكن يشرب بخصته يعني من غير سكر

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

وقوله (الأنه اذا تمكن من ذلك) يعني اذا اصطالحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرار ابرهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكر والآن في السكر احداث شيء في وسط النهر مشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت مالم يروا فساكن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا والآن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩) الدالية جذع طويل مركب

تركيب مداد الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها والسانية البعير يسقى من البئر والخسرا سم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآخر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) (القسمة بالكوى) ثقب البيت والجمع كواه بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجدول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير تراص لكونه اضرار ابرهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحي ما لا يرضى أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الآن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعه في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهرا خاص يأخذ من نهرا خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعه ورفعاه ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويبيع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعهما حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيعة من غير اعتبار التسفل والارتفاع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهرا خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشراكة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فساكن له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشف بعض الماء قبل أن تنسقي الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشريك في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ما أن يسد بعضا فبالفيض الماء عن أرضه كي لا تنزل في ذلك للمافيه من الضرر بالآخر

صاحب العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بجرأه مائه فسيهناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أول تمكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الف والتشرا غير المرتب لانا نقول مع صاحب العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بجرأه مائه فسيهناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أول تمكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الف والتشرا غير المرتب لانا نقول مع

الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعنى مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعهما الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقد سبق قوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزبلي أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزبلي أوجه وأولى

وقوله (وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهم) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولا نصه فاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وانت في حصتك ففتحها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهم ما بال كوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدور بما يضر ذلك لصاحب السفلى وقوله (لانه عارة) لان كل واحد منهم ما معه صاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فلا مبيع وان يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لايستهلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر عكلاء بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما سذكركه والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا مضاء في الشكاح صح الشكاح ووجب مهر المثل واذا مضاء في الخلع صح الخلع وعليه ارد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذالم يكن عن قصاص (١٥٠)

وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهم ما لان القسمة بالكوى تقدمت الآن بتراضيه لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح سمي في الشكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق انتفاش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يبيع الشرب في دين صاحبه بغير موته بدون أرض كافي حال حياته وكيف يصنع الامام الاصم أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبهما ثم ينظر الى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فبصرف من الثمن الى ثمن الأرض وبصرف الفائض الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخزها ماء) أي ملاها (فسال من مائه في أرض رجل فغرسها أو زرع أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعدي فيه

كون الف والشر غير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو في قولهما أول من سكن أشجاره في طرفي النهر فانهما لا احدهما من فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البيئته وليس بصحيح فانه اذا انتفت احداهما وجدت آخرهما لا يجب عليه البيئته ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفاءهما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً في رواية

رجحه الله ما ذكره في الكتاب وقوله (أو مخزها) قال في الصحاح مخزت الأرض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعدي فيه) يوضح الى أنه اذا كان متعدداً يضمن وعدم التعدد انما يكون اذا سقى أرضه سقياً يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقبل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبراً بالخالط المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيوع الفاسد من بيعوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخنا بل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالانتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالانتلاف الشرب انتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزم لانهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكثر هنالك وفي الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخرا الاسلام أنه ضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا الامتناع فيه أصلاً لا بناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو انتفعوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدوناً استخداً أنا على خلاف القياس

اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رجحوا الله اختلافاً في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب انهم من قال السيل في ذلك أن يقال لا قومين ان العلماء لو انتفعوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتطرىكم يشترى مع الشرب ويكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسبتة لاحياء الموات ومن محاسنه بيان

﴿ كتاب الاشربة ﴾

وهو اختيار مشايخ نيل لانه حفظ من الماء وهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ههناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره ههناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له فوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاءه رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

﴿ كتاب الاشربة ﴾

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول جل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامهم ما مشتق من ذلك المصدر ولا يدق الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذلا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للام السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لا تنفع في المخطور بأن يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك واما التدريج الصاري اشلا ينفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانهاء كما لا يخفى على أحد وهي كائنة في الكرامة فلا يتم التفرير وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الصاري بالخمر رأى المعتاد من الاسلام بتحريم الخمر يوجد تحريمها في أي وقت كان فانهم اذا لم يحرم في ابتداء الاسلام كان الصاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتناء بخيريت باعنا على التنفر عن الاسلام عند انتهى عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظه ورشرف الاسلام فههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك

حرمتها اذلا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للام السابقة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لا تنفع في المخطور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك واما التدريج الصاري

﴿ كتاب الاشربة ﴾

(قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمير باله الى ما في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حل للام السابقة مع احتياج الام

السابقة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرم ابتداء) أقول يعني هلا حرم لنا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكتمان عامة لا اول هذه الامة وآخرها

(وسمى هذا الكتاب بها) أى بالاشربة (وهى جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لمافيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان ما نهيته اوهى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرم والخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر

قال (المصنف سمي بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها) أقول أى بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع بمعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للاعيان لا لافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل فى كتب الاصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى (قال المصنف وهو الذى من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الزاجع الى

سعى بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان ما نهيته اوهى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرم والخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر

فالوجه الوجيه فى الجواب عن السؤال الثانى ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر فى ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى فى ابتداء الاسلام ليعاين الفساد فى الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخمر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها) يعنى سمي هذا الكتاب بالاشربة أى أصنف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لمافيه أى فى هذا الكتاب من بيان حكمها أى حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لمافيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لمافيه من بيان حكم البيوع وهذا زبدة ما ذكره هنا فى جملة الشروح والكافى مع نوع زيادة فى حل الالفاظ قال بعض الفضلاء فى تفسير قوله من بيان حكمها أى بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للاعيان لا لافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل فى كتب الاصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى أن اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحلل على المحال أو هو مبنى على حذف المضاف أى حرم كل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات دلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين فى محله الآن كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم يسكره أ حذف بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقبس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال فى كونها حقيقة ويستمد بذلك فى توجيه مذهبهم فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا لافعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة هنا وصف للاعيان مجازا لا لافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجاز لا يقتضى أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة فى العنوان أولى وأحسن بل لا ريب فكان الذى ينبغى أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحنا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجمله توجيهه المذكور ليس بنام على كل حال (قوله أحدها فى بيان ما نهيته) وقع فى بعض النسخ مائيتها بدل ما نهيته قال فى غاية البيان المائية بمعنى الماهية وهى ما به الشئ هو هو كماهية الانسان وهى حيوان ناطق انتهى قلت وفى نسخة

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فماد كراهه ولهذا الشهرة استعماله فيه وفي غيره ولأن حرمة الخمر

قطعية وهي في غير هاتين مائتين ههنا إيهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصرت تف (قوله ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فماد كراهه) أقول لما منع أن يمنع أطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء العنب إذا صار مسكراً ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدنية خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غير هاتين) قال صاحب غاية البيان بيانه أن التي من ماء العنب من المسكر من ماء العنب خمر قطعا وبقيته الثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خمر أشربة لا يشبهه لأن فيها خلافا بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعاً على ما فيه شبهة لأن بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير التي من المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمر أو ليس بسديد إذا المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير التي من المسكر من ماء العنب لا يسمى خمر أو لو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمر الزم المصادرة على المطالب فكانه قال الخمر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكراً وغيره ليس بخمر كما زعم بعض الناس لأن حرمة الخمر قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب ظنية لا نأخالفنا في كون غير ذلك خمر أو قلنا أن اسم الخمر مخصوص بالتي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافاً في ذلك شبهة في كونه خمر أو لم تكن حرمة قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الإبهام قطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فثبتت به بخلاف غيره فإن فيه اختلافاً بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضاً خلل أما أولاً فلما مر أنهما استلزما المصادرة على المطالب فإن الظاهر من قوله فإن فيه اختلاف العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمر أو لا فيؤول إلى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانياً فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله لأن مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فالأزوم منه أن تكون حرمة ظنية فإن أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحاً فطعنا وأراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني إذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الإبهام قطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قال لا يعني فلا يصح أن يصرف تخرجهما إلى عين ثبتت الحرمة في تلك العين قطعاً وغير التي من ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانه ما لم يريد بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمر حتى يلزم المصادرة على المطالب بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصور إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الأوزاعي أنه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلي ويتأق فيه خلاف الأوزاعي ثم أن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحله

إذا صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباق والمصنف وقوله (ولأن حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الإبهام قطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فثبتت به بخلاف غيره فإن فيه اختلاف بين العلماء ورحمهم الله وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني

(قال المصنف ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والافعهدهما إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لوعلاؤه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام وهذا كالربا فإن حرمة قطعية وحرمة بيع الحنفن بالحنف متفاضلا مثلاً ليست بقطعية (قوله وما يدل عليها ظني) أقول الواو والهمال

وقوله (وانما سمي) يعني غير النية (خمر الخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لا الخمرته جواب عن قولهم سمي خمر الخمرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالني من ماء العنب والجواز أن يكون المشتق مخصوصا

فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لا تكاح الابوي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أجد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير التي خمر الخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للجواب عنه لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من الخامرة فكل ما يوجد فيه معنى الخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي منه فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر الخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من

وانما سمي خمر الخمره لا الخمرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير التنظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالم با فان حرمة قطعة وحرمة بيع الحنف بالحنف متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سمي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم الدين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة وما ثبت به هذه الأدلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب نهين أن لا يكون غير التي خمر اذا لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعية الا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالني آخره لا يجدي شيئا لأن علة الرباعند الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الرباعند لعدم وجود علة فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علة فيحرم فكون حرمة الربا بقطعية بصريح على الشافعي هناك أيضا مثل ما قلناه هنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمر الخمره لا الخمرته العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمر الخمره أي لشدة وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير التي من ماء العنب فلم يكن غيره خمر أو يشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قال لا يثبت لشدة وقوته فان لها شدة وقوة ليست بغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمر الخمره أي لصيرورته مرا كالخمر لا الخمرته جواب عن قوله سمي خمر الخمرته العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من فلم التامخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمر الخمره أي لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر الخمرته العقل أي ليست التسمية للخمرته العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب أيضا فيكون خمر الخمر حينئذ ينظم الارتباط بالسباق والحق كالأجنبي وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لخمره أي لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خراولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد

لا يكل ما ظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثر يا انتهى وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا لظهوره ثم صار علما للثر يا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر ان مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظواهر المخصوص وهو جنس الكوكب لانه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثر يا لان معنى الظهور انما هو الحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لاني مرتبة كونه علما للشخص معين من ذلك الجنس وهو الثر يا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا بالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا استبره عندهم له درية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور ومطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبت الحد عند اسكار كثيره وليس تمام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاغمة من قر يش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيريهما الى الكرمه والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والذرة والشعير وان كان حذلا لا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير له وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قلبه وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب السكا في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير مع الا أنهما باجبال الاتفاقية بل تساعداه حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتني أثره تاج الشريعة ومصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاها بثبوت هذا الاسم بالاشتداد لتعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معسولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معسولة بالسكرو لا موقوف عليه وقد شرح الشارح السكا في قول المصنف هذا بما هو أظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصنع ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان المعنى يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت المعنى ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكروا أن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى يأيتها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهمل أنتم منتهون وقد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل الى الكثير قال في الميسر ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعمومها لا يصح التعليل بمعنى الخمرة لتعدية اسمها الى غيرها

(قال المصنف ولاي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكاله بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنبي من ماء العنب اذا صار مسكراً تعريفاً بالاعم عند أبي حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكال

ولاي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة. وكاله بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه بجود الكتاب فانه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليلاً يدعى الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لافى الاسماء

معاوله بالسكر كما ذكره المصنف فيما يعديه قوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولاي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكاله بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حديث ثبوت اسم الخمر لافى حديث رتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة وبشرط ترتيب الاحكام الشرعية عليه بكالها فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حديث ثبوت اسم الخمر في الشرع لافى حديث ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطووعه فلا يفتقران في التحقيق فالتعليل باحد هما يؤدي الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يحدى شيئاً فقها ههنا كالا يفتقر الى كيف ولا شئ أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معاوله بشئ مما أصلاً لا أنهم غير معاوله بالسكر وانما معاوله بشئ آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معاوله بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معاوله بالسكر فقط وانما حال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر نفهم (قوله والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفاً لنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرهما منافياً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضاً فانه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضاً على ما مر من

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقريره (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعي يعديه اليها) أقول أنت الضمير ارجع الى سائر لاكتسابه التائيد من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل في الاحكام لافى الاسماء) أقول فان قيل الشافعي ايضاً يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آتفاً واجبه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسم فليتأمل

والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها الانتكارة الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها أو غاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام إن الذي حرم شربه حرم بيعها وأكل غنمها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنه مال لأن الطبايع قيل اليها وتضمن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه غنم خمر لا يحل له أن يأخذها ولا للديون أن يؤدبه لأنه غنم يبيع بطل وهو غصب في يده وأمانته على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذي فانه يؤدبه من غنم الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربه وإن لم يسكر منها قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل قد انتسخ في الجلد مشروعا وعليه انعقد اجاع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للنع من ثبوت الحرمة لارتفاعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قبل وذلك يؤدي إلى جحود تلك الأدلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وإن لم يكن تعليلها وتعديتها إلى غيرها من أفعال الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها نابعة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها نابعة بتعددية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لأن مدلول السنة المشهورة أنها حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها إلى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندى ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لأن قليها ليس يسكر فيلزم أن لا يكون قليها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالخمر وفحواها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي إنما قال بتعليلها بالخمر فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه نبي وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينا فيما مر أنها نجاسة نجاسة غليظة فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فامعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضوعا لعمومها أنه بالاصالة وإن لم تستلزمه فامعنى الحوالة على تلك الدلائل المارة ثم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القدر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة إلا أنه بقي الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا فالأولى ههنا تحرير صاحب السكا في حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها أو غاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الذباغ ولأنه منتفع به لانه يلقى في الأراضى لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على إباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها ف قيل بإباحة لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرب خفيف عليه الشرب وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخالها وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التدوى بالاحتقان وسقي الدواب والافطار في الاحليل وقوله (الأن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى معان ثلاث الحديث

بعد الطبخ ولم يسكر هل
يجب عليه الحد ثم قال
ويجب أن لا يجب عليه
الحد لانه ليس بخمر لغة
فان الخمر لغة هو التي من
ماء العنب وهذا ليس بنى
وقوله (والمنصف) قيل
يجوز أن يكون منصوبا
عطفًا على قوله الباذق
أى يسمى العصور المذهب
أقل من ثلثيه الباذق
ويسمى المنصف أيضا لانه
قال الاشربة المحرمة أربعة
وهى الخمر والعصير والمذهب
أقل من ثلثيه ونقيع
التمر ونقيع الزبيب فلو
كان الباذق غير المنصف
لكانت الاشربة المحرمة
خسة ويجوز أن يكون
مرفوعا لانه فوع من
المذهب أقل من ثلثيه
لانه أعم من أن يكون
منصفا أو غيره والاول
أوجه معنى وهذا أوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا

(قوله لكنت الاشربة
المحرمة خسة) أقول
كيف تكون خسة وكل
منهما من أقسام المسبي
بالطلاء (قوله لانه أعم
من أن يكون منصفا
أو غيره) أقول فيندفع
لزم كونها خسة (قوله
لانه لو كان منصوبا لقال
أيضا) أقول فيه بحث
فان المسبي بالباذق غير
المسبي بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

على ما قالوا لان الحد بالليل فى النى خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبع والعاشر حوازل تخليها وفيه
خلاف السافى وسند كرمه من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام فى الخمر وأما العصور اذا طبخ حتى
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعى انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفاسق فيحرم شره دفعا للفساد المتعلق به

بالسرقين أظهر مما مر آنفا قد بر (قوله وأما العصور اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى
طبخة ويسمى الباذق) قال فى القاموس الباذق بكسر الهمزة والميم وهو ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة
فصار شديدا وقال فى المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال فى الفائق هو
تعريب باذم وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما فى المغرب وما فى الفائق ولم يتكلم على شئ منه ما بنى أقول
فيما ذكر فى الفائق نظر لان الخمر على ما مر هى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنى قطعا
والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لانه لا يحال له ولهذا قال المنصف وأما العصور اذا
طبخ فى مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذم معنى الخمر اللهم إلا أن يكون
ما ذكر فى الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من
كونها اسما خاصا التى من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ) قال فى غاية
البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطفًا على قوله الباذق أى يسمى العصور
المذهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبان البشير فى شرح الجامع
الصغير المذهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا لانه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهى الخمر والعصير
المذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذى هو المطبوخ المذهب
أقل من ثلثيه لكنت الاشربة المحرمة خسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه فوع من المذهب أقل
من الثلث لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما
والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما فى غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون
أوجه فانه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير بالعصير الذى طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما
الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضى أن يكون الباذق والمنصف متحدين فى المعنى وهو العصير المطبوخ
أدنى طبخة مع أن تحرير المنصف ينافى ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو مذهب نصفه
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك مذهب أقل من نصفه بالطبخ
فكيف يتصور الاتحاد فى المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى
أن لفظ كل يقتضى التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المنصف والمنصف مرفوع
لا غير فهو عطف على المطبوخ فى قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ المذهب
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسبى بالباذق والآخر المنصف وهو مذهب
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما
حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكنت الاشربة المحرمة خسة وقد حصر وهى الاربعة فعلى
طرف التمام لان الاربعة التى حصرها الاشربة المحرمة فيها انما هى أصول الاشربة المحرمة وأقسامها
الاولية والباذق والمنصف ليس كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية
وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

من التمر اعمه فيبذل التمر لا السكر

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي عقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة إشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكينة وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخلفاء وقيل أراد به التوبخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا وتدعون رزقًا حسنًا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبخ ومعناه والله أعلم تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلي ويتأني فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الآن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية لفظًا لانه لو كان منصوبًا لقال أيضًا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضًا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والنصف مرفوعًا وأما على تقدير أن يكون منصوبًا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبًا لقال أيضًا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والنصف على تقدير أن يكون منصوبًا معطوفتان على البادق تغني غناء كلمة أيضًا فلا نسلم أنه لو كان منصوبًا لقال أيضًا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعًا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لاحتالة حتى يسمى نقيعًا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جهور الشراح دفع المذهب المذكور النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جهور الشراح أيضًا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعبريات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ما أدنى طبخة حلال وإن اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكراهة إشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا نلو كان مقصودا لمصنف بارداف الحرام بالمكروه الإشارة الى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفي باردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نل المصنف سبب صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الإشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبخ) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا وتدعون رزقًا حسنًا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكينة وتخريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تخريم الخمر تتخذون منه سكرًا حرامًا والخمر وقتئذ عام يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الآن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول ردد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المعرب السكر يغتصن عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر يفتح السين والكاف هو الذي من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيم الامتلاء) كما إذا تلف المسلم خرا الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام وأورد رواية (١٦٠) الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الاشربة أي ما سوى

المذكور وهو الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو
الباذق والمنصف لبيان أن
العموم المذكور في الجامع
الصغير لا يوجد في غيره
وقوله (وقال فيه) يعني في
الجامع الصغير

(قال المصنف ويجوز
بيعها ويضمن متلفها الخ)
أقول المراد بالجواز ما يترتب
عليه الثمرات المطلوبة
لما يقابل الحرمة (قال
المصنف وما شهدت له دلالة
قطعية) أقول فيه بحث لأن
الحرمة تثبت بالاشربة (قال
المصنف غير أن عنده يجب
قيمت الامتلاء) أقول لا يقال
ينبغي أن يجب المثل بدليل
جواز البيع لا نقول
البيع يجوز مع الكراهة
فأولوا وجبنا المثل لكان
مأمورا باتيان فعل مكرره
وهو تسليم الحرام وهذا
لا يجوز ومع ذلك لو أدى
المثل يخرج عن العهدة
أيضا تأمل قال العلامة
السكاكي أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام
فلا يكون مأمورا بإعطاء
المثل حتى لو أعطى يخرج
عن العهدة لأنه مكرره
انتهى وفيه بحث الآن
يؤول يجب بمعنى ينبغي
(قوله أن المسلم ممنوع عن
التصرف في الحرام) أقول

ولا يجب الحد بشرها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة
في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما
فيهما لأنه مال متقوم وما شهدت له دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها
لامتلاء على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان
الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من
الخططة والشعر والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شربه عنده وإن سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالخير وإن الرماك وعن محمد أنه حرام ويحد شربه
وبقع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه ثم رجعت إلى قول أبي حنيفة) وقوله
الاول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام لأنه تفرد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فكل
أية حرمة ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره أن شاء الله تعالى وأبو يوسف يرجع إلى
قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمة ولنا
اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة
دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بأن حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحالتها لكون حرمتها
اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك
الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله اليها كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون
الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعنا على وقوع الاجتهاد في خلافه
(قوله لأنه مال متقوم وما شهدت له دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا
فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال أباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه
الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها وأما ثانيا فلأن الدلالة القطعية
انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة بوجوب
العمل ولا بوجوب علم اليقين بل بوجوب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في
علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فنبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في
الحكم بحرمة هذه الاشربة اذهي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به أننا (قوله ولا ينتفع بها بوجه
من الوجوه لأنها محرمة) أقول في التعليل بحث فلا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعها مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الرعي
ولهذا يجوز بيعه كما صرح في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا
كان الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

فنبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل
ترب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكرره (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول لتعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذ كره أن شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخلطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فعدت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخلطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو التي منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله إذا كان من غيرهما وطرب لقوله عليه السلام الحمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة خص التحريم بهما أو المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد

قبل قوله ولا ينتفع بهما وجه من الوجوه لأنهم من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بهما إلى آخره مسألة مسألة متقلة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخلطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فعدت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة محملا بدركه بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخلطين وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بأسكارا لشربة التي سقاها ابن عمر أياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لاحقة السكر فإن ذلك لا يحل انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فإنما هو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه أباه وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربه ما بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له حدمه قد رآه وهو مختلف باختلاف الطبائع والأوقات والشارب أن يجتزعه منه ما أمكن فإن وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فأنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منطوقه لا مجرد أن لا يدعوا قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان فإن دعاء القلب إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والظاهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لأن حال هذه الاشربة بدون نقيع التمر والزبيب فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل الخمر شرعا فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طخنة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طخنة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مررت بهذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نوص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولابأس بالخلطين)
الخلطين ماء التمر والزبيب
إذا خلطا فطبخا بعد ذلك
أدنى طخنة وبترك إلى أن
يغلي ويشد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرر
لجودته وقوله (محمول على
لشده وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام لتلاي جمع بين
الطعامين وترك جاره جاععا
بل بأكل أحدهما يؤثر
بالآخر على جاره ثم لما وسع
الله على عباده النعم أباح
الجمع بين النعمتين وقوله
(قيل لا يحد) هو قول
الفقيه أبي جعفر رحمه الله

ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهم ما قوله عليه السلام حرمت الخمر
لعينها ويرى بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
إذا العطف للمغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله
وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة
بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهيته فينا في ما تقر في أوائل الكراهية فإن قلت نعم إن كل مكروه
حرام عند محمد ولكن بجرمة ظنية لا بجرمة قطعية فإنه إذا لم يجز نضا قاطعا في جرمة شئ لم يطلق عليه لفظ
الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الجرمة ورواية الكراهية
عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في أحدها وظننية في الأخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال
للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لأن قطعية حرمة
الشئ تستلزم أن يكفر مستحلهما وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهادهما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاثربة الثلاثة المحرمة
عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الاثربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلهما ولا يكفر
مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الإباحة فيها
انما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الطواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق
المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة
بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل
مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف
فإن المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عندهم ما بل إلى الحرام أقرب وأما المكروه كراهية
التنزيه فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر برراجعة كتب الأصول فيجوز
أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة
للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت
الخمر لعينها ويرى بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى
انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدع ذكر
الله تعالى وإبراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خليا وظاهر الآية
لقلنا لا يجوز رم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهرا الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع
فمساعداه فبقى على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بمساعدة الخمر من الاثربة
المحرمة الثلاثة فإن قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع
أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم
في غير الخمر إذا العطف للمغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر
التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصت فلانا بالذكر
على ما تقر في موضعه اذ هو المفيد مدحها ما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة ولكن
فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدحها ما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا
حل الاثربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على
السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

ليس مسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكم وفيه نظران الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى أن

(قوله والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس مجازا والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام الترمذى في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمختم من الطعام فان المحرم هو المختم انتهى قال التفتازانى في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم وبصير

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا فقلنا ما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضعف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظران الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يفتى أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يترسخ عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقى الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازانى قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم وبصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمسكر في انقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فاضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام هنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفقد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام هنا في أن المفسد لعقل هو القدح المسكر أى المزبل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزبل للعقل لا غير وبالجمله مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزبل للعقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يقدح أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أما لا وانما يتشبه ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولاشك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل توقف

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المنفسد هو الآخر بدون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقمتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لاعتباطه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الأول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدر الأخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعتقون بأن أبا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بنجنا وجيدا قال لأنه منسوب إلى رجل اسمه جيد وهل يشترط لباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طخنة اختلف المشايخ رحمه الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منها) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلوز هذا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهب معا كان الذهاب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتبقن يذهبهما معا واحتمل ذهب الماء أولا لطافته فلذا يحرمه شربه احتياطاً لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذهاب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

وانما يحرم القليل منه لأنه يدعولرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لاعتباطه لا يدعوه وهو في نفسه غذاء فبقي على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الأخير إذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طخنة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيد الاضعاف بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يصير يكتفي بأدنى طخنة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله وانما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعولرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التزني والزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جواباً عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليلاً وكثيراً فتبصر (قوله والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين الأخيرين الذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كتبيرة انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك الغايل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وإن أرادهم المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس عيباً بل محل كمالا يخفى (قوله لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسداده هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقوله أي على القطع والبتات تقييد المتن في قول المصنف فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب لا تقييد المتن فالمعنى أن

(يكتفي بأدنى طخنة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأذكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول أنها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالأذي هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون الكافي زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب حكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ) جوزاً كثيراً هل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والخنتم وهو جوارجر أو خضر يحصل فيه الخمر إلى المدينة الواحدة حنطة والمرقت وهو الطرف المطلي بالزفت وهو القير والنقيير وهو الخسبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن محمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرنا وعن لحم الاضاحي أن تمسكه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بئد لكم وزودوا (١٦٦) فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسرهم وعن النبي في الدباء والخنتم

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فمعتبر جانب العنب احتساباً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طخعة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حدى في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحديث في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ في الدباء والخنتم والمرقت والنقيير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربو المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النبي عنه فكان ناسخاً له وانما ينبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا يعصر بالعصر وقبل عن أبي يوسف علاماً مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافاً غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تحليلها) وقال الشافعي يكره التحليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التحليل بالقاشي فيه قولاً واحداً وان كان بغير القاشي فيه فله في الخل الحاصل به قولان ان في التحليل اقتراباً من الخمر على وجه التناول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الا دام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلدكم خسل خركم ولان التحليل بزول الوصف المفسد وثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالذباغ

والمرقت فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تستد في هذه الظروف أكثر مما تستد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (واذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التحلل بالقاشي فيهما كاللحم وغيره فهو حرام قولاً واحداً وان كان بالنقل من الطل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقى في الخمر يتنجس بملافاته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الا دام

ذهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أو لا لا طاقته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتساباً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالنتي وبين تعلقه بالنتي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كما التمر يكتفي فيهما بأدنى طخعة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وان اشتد انتهي أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالخليطين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وان اشتد انتهي أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

الخل هو تناول المتخلل والمحالة ولان التحليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجباً فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المتخلل صانع للصالح والصالح للصالح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما دعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر لاولين

وقوله (والاقتراب لاعدام الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانسلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالاقتبال أولى لمافيه من احراز مال بصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الامكان فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين

(١٦٧)

سأله أبو طه عن تخليل خمر أيتام عنده وباروي أنه صلى الله عليه وسلم لم يبي أن يتخذ الخمر خلا أحيب عن الاول بان ذلك في ابتداء الضرر فغالهم أن يحوموا حول الخمر وكره الاقتراب في الاوعية المذكرة مع نصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالانتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمررون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر الانتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها ما يبي في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناسط لانه تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليق

والاقتراب لاعدام الفساد فاشبهه الاراقة والتخليل أولى لمافيه من احراز مال بصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يظهر ما يواز بهما من الاناء ما أعلامه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يظهر تبعا وقيل لا يظهر لانه خير باس الا اذا غسل بالخل فيمتخل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم مائي خلا يظهر في الحال على ما قالوا قال (وبكره شرب دردي الخمر والامتناسط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيلا للنداءى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى الدواب وقيل لا لتحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخمر اليه لاعكسه لما قلنا قال (ولا يحسد شارب) أى شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحسد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قليه لا يذهب الى كثيره لمافي الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصارت اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (وبكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقاة لا تؤكل انتجسها ما سألوا لحد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ وبكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بعليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد ثبت صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدروري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركازة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سموا من نفس المصنف أو من النسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليق الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبد في التعليق قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتب في فيه ما بأدنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتنى أثره العيني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه مادام حلوا وما اذا غلي واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمه الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحسد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا لالشرب وهو عجمي

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمد اعلم أن العصار على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا فحصل الجواب فيه تفصيلا وحاصلا انه أن الماعنى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصار وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعنى ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصار على ثلاثة أسهم لان تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصار على ثلاثة لاحتاجك الى الثلث والثلثين فيكون الماسة والعصار ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصار لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

لان الذى يذهب زبد هو العصار وما عازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصار اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم يطبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذهاب الاول هو الماء والثاني العصار فلا بد من ذهاب ثلثي العصار وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيجلى لانه ذهب الثلثان ماء وعصارا والثلث الباقي ماء وعصار فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصار بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصار وعشرون دورق ماء في الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصار وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فعلى حتى يذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصار اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فمخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصار يطبخ حتى يذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصار كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعين فعرفت أن الحلال فيما بقى منه رطلان وتسعين وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصار الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذى يذهب زبد هو العصار وما عازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شئ وهو أن وجه جعل العصار تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبد هو العصار غير ظاهر اذا لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبد من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصارا فاذا اجاز اعتبار بعض منها هو الذاهب زبد في حكم العدم بلا أمر بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذى يذهب زبد اذا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصار فصار كالوصب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصار تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتقفى بالزبد فيعمل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذى أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فيعمل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصار واذا لم يكن الزبد عصار يعتبر بمالهو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصار وهي تسعة

أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصار الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقى منه ولها رطلان وتسعين) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقى وكان الباقي ان لم ينصب منه شئ تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقى أنسا عا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتسع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتسع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسع أرطال (قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصار لا غير) أقول قوله لانه أى لان الشأن ولفتة ما بقى قوله ما بقى موصولة والله أعلم

ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعنى الذى يذهب الماء والعصار معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصار وثلثا الماء والباقي ثلث العصار وثلث الماء فهو وما لو صب الماء في العصار بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصار حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خسا ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذى بقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شئ فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه

وقوله (ولهاطر يق آخر) قيل هو أن يحل الذاهب بالغلبان من الحرام لأنه انما يطبخ ليهذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منه ما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسع رطل ولورمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعاً احتياجا إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

الاشربة لحرمها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه بحسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلالة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول

وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أو لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أو لا فان اصطاد فيه فكذلك والأفوه وحلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخسة في الكلب أن يكون معلما

ولهاطر يق آخر وفيما اكتفيناه كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل
﴿ كتاب الصيد ﴾
قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حلالتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفيناه كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل)
قلت فيه ايها لطيف الكتابية المسمى أحدهم بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الادعى الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارج فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذا ذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة بجميع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المسائعات فبما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كل شيء راتني فقـد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور في كلاهما في المقامين تناقرا لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

(٣٣ - تكهله ثامن) وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بآتيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا

﴿ كتاب الصيد ﴾

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفاً للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كأن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شيئا عرقا واحداً يكفي في وجه تقديمها على الصيد لأنه لا يدع أحدهم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بقوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل الذبيحة كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حياف ذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه

ذبحه فإنه صيده وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا فإن أدنى مرتبة الأمر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام

(قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول واللا يكون صيدا محضا والكلام في حله (قوله وفيه تسامح) لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكل (أقول) فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة ببيان شرائط حل صيد قتل الكلب ولم يكن فيه آفة غيره فليست أم (قوله وكذا إذا لم يموت بهذا) أقول ناظر إلى قوله وإن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها الماعل ذلك المصدر فانت في قولك

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذ الخطب ثم يراد به ما يصاد مجازا لا إطلاقا فالاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الأذى بأصل الخلقة ما كولا كان أو غيره أكل كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الأرسال وأن لا يشاركه في الأرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الأرسال والاختصاص بخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الأرسال وأن لا يشاركه في الاختصاص بالكل صيده وأن يقتله جرحا أو لا يابأ كل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأن يسيبه أو يخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجنابه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه انتهى وذكر هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضا نقلنا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وإن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وإن يقتله جرحا انتهى أقول لاستدراك فيه لأن الشرط الذي أريد بقوله وإن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فإنه لا يحل أكله حينئذ كما يستتف عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وإن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يصل إلى ذبحه إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يفتي عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه حينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياف ذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد جرحا بل مات بجرح آله الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطرابي وما أدركه حياف ذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير لمحقا سائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكل حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول انظر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد لا كل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيقول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد فإن هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يباين بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة ببيان شرائط حل صيد قتل الكلب ولم يكن فيه آفة غيره فليست أم انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وتولي بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقضى الاباحة فيما رواه تلك الغاية كذا

وقوله

اجلس ما دام زيد قائما أي أنه مؤقت جالس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد وما التفتي في ما دام مصدرة والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضوي

وفيه نظرا لاستدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في إباحته فكان إجماعا وقوله (ولأنه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاكتساب) استدلال بالمعقول

(فصل في الجوارح) قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد ولافاضل تقدم على المفضل قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم الخ) ويجوز الاصطياد بالكل المعلم (١٧١) والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح

المعلم وهذا بمعومه يتناول الاسد والذئب والذئب والخنزير ولكن الخنزير يركونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقي ان أمكن تعليمه أجاز الاصطياد به الكلبهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والذئب لأن من عادتهما أنهم ما إذا أمسك صيد الأبا كانه في الحال والنعم انما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه تركه عادة أو تعلموا ولأن التعليم لا يمكن للغير والاسد لعولهم لا يفعل ذلك والذئب لحساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالذئب لعني الحساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذئب الناب والمخبط فان رواية القدوري رحمه الله تدل على الإثبات لا غير رواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا

لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه إذا أرسلت كلبك المعلم وذ كرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل كل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى إباحته انما لا إجماع ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من إقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوز به الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي (فصل في الجوارح) قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب مخبط من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الآن تدرك كانه)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظرا لاستدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كإتص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخاص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن (فصل في الجوارح) قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لأن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد وللحيوان فضل على الجاد والفاضل يقدم على المفضل كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب مخبط من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الآن تدرك كانه) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذئب الناب والمخبط فان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شيء أن قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذئب كفي الروايات يدل على نفي الحكم عما عداها بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على الإثبات جوازا والاصطياد بما ذكره ونفي جوازه عما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير اللهم الآن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معال لكن لا يظهر حينئذ في إيراد رواية الجامع الصغير كبررفع كالايجزى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب لأن قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنا فيمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظرا لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالنقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنا بل يكون قطعا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار إليه

(قوله وفيه نظرا لاستدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة للبحر

المعاصرة من قوله للغير المحرم وبثبت جوازه لاغير المحرم بالإباحة الأصلية لقوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالإباحة الأصلية لم يمتح إلى الدليل وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل

(فصل في الجوارح) (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول لتعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاضل في ذلك) أي في جواز الاصطدام بالمد كورقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيما علمتم وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل على قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحل عليه أولى

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال في تأويل المنكبين المسلمطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روي من حديث عدي

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والذئب فليس باذنين رأسا في النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا ينبغي أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا فإذا لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصصين منه ولحق سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منهما منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظاهرا إذ قد تقرر في علم الاصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظاهرا اذا كان المخرج موصولا بذلك وأما إذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف أهل الأصول التسخير دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بوصول بذلك النص فلا يصير ظاهرا لا محالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لانه عطوف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيما علمتم من الجوارح كذا في الكافي والشيرواح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل على قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لاحتمال مقرر في علم النحو بل اربابا فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكارا لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتضى المقارنة في الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنالا أحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحل عليه أولى أقول في تقرير قوله فالحل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا ينبغي أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد احتمليها الاتوقف على تمام الاستدلال به ابل الامر بالعكس فامعنى تقرير قوله فالحل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمنكبين المسلمطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روي من حديث عدي)

والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقور والباري والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين اخرجوا السبائب وانما قال في تأويل لانه في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة والمنكبين بمعنى المسلمطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطيد الا بالكل مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعوم حديث عدي بن حاتم

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لان

قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف في حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعدما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الامد قلنا يتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع حقورد في تاب فليتناول (قال المصنف دل عليه ما روي من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم جوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كاب من كلابك فافترسه الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد والتمرفانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣)

(قوله قيل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
معراج الدراية (قوله وليس
بوارد لانه انما ذكره فرقا بين
البازي والكلب) أقول لا يخفى
عليك ما في ذكره من البعد
وانه كآفة فان كلا الدليلين
لأبنا الفرق بين الكلب
والبازي واذا علم الكلب في
الاول لسائر ذوات الناب ففي
الثاني يكون كذلك ولعل
الاولي أن يجاب بأنه لما
كانت ذوات الذاب كلها اجنسا
واحدا وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد أو فاع أن
في طبع غيره الاف أيضا
على ما تراه في الذئب والاسد
وغيرهما اذ اربى من صغره
في البيت بخلاف جوارح
الطيور جعل الكل في حكم
واحد في التعليم يعني أدير
حكم التعليم على جنس
الكل ليسيرا كافي نظائره
فليتأمل (قال المصنف ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب)
أقول يعني لا يمكن تعليمه
بترك الاكل بالاضرب حالة
الاكل وجنته لا تختمل
الضرب فاما جنة الكلب
فتمتله (قال المصنف

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والذب لانهم لا يبعان لغيرهما الاسد لما وهمة والذب لخاسته وألحق بهما بعضهم الحمد لخاسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا فيترسل بارساله ويعسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويحجب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل الضرب لتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متفرق كانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عند ما هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان في ادونه مزيد الاحتمال فله تركه مرة أو مرتين شيئا فاذ اثر تركه ثلاثا دل على أنه صار عادته وهذا الان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاه الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم أقول لاصحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضاً عموم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضاً فاعني الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالعني دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعي جواز الاصطيا بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذئ مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو تناول لكل ما في المدعي ولا يخفى أن حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعي ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس بظاهراً وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متفرق كانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب لتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصعوبة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في انعام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لياً كان اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط في حل كل الصبيد فلا تفس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة فيه على كون الامساك شرطاً للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والاعم في الطير

كافي مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع اماره على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فتقدر بها وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابل نفا وسماعا
ولا سمع فينقض الى رأي المشتكي به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد
جائحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذ كراسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل
أكله) لما روي من حديث عدي رضى الله عنه ولان الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيه ما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامر الراسكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتهاب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأق في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج
الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد
والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عذر بارود وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر
أنفا والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والايان
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كما ذكر في عامة المعتمدين حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاول ان يجب أن يها كانت
ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد أو فاع أن في طبع غيره الاف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا رمي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدبر حكم التعليل على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتامل
اه أقول ليس هذا أيضا سديد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والنمر مما لا يتأق فيهما الالف بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم انذاره أن يجعل المتوحش على الالف وهو
غير مبسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتمدين أن شمس
الأمّة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الأمّة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن يحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن
يجرد احتمال بدن الكلب للضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفي بعض قصص
الاخبار) قيل أراد به حكاية
موسى مع الخضر عليه ما
السلامة والسلام حيث
قال في الكرة الثالثة هذا
فسراق بيني وبينك وقوله
(كما هو أصله في جنسها)
أي أصل أبي حنيفة رحمه
الله في جنس المقادير نحو
حبس الغريم وحدث التقادم
وتقدر ما غلب في تزحماه
البر المعينة وقوله (وله
أنه آية تعليمه عنده) أي
أن تركه الاكل علامة تعليمه
عند الثالث لانه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تعيين
امساكه الثالث على صاحبه
واذا حكمنا أنه مسكه على
صاحبه وقد أخذ بعد
ارسال صاحبه فجعل وقوله
(فظاهر الرواية) يريد رواية
الزيادات فانه قال لو قتل
الكلب أو البازي الصيد
من غير جرح لا يحل وأشار
في الاصل الى أنه يحل
والفتوى على ظاهر الرواية
(قال المصنف كافي مدة
الخيار) أقول لا ينتهض
هذا على مذهبهما

وقوله (في تاويل) يعني غير ما أولناه أولا وهـ وقوله والجوارح الكواسب في تاويل ذلك ما يكون جارح حقيقة بناءه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب بمعنى يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التناقض بينهما وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناقض يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وإن لم يكن بينهما تناقض ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتناقض ههنا وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب (١٧٥) والجرح الذي تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما

بمجاز في الآخر والمشاركة لأعمومه والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعاً إلى التأويل الأول) يعني ما سبق من الكواسب وقوله (وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول سبق إلى هذا النظر نظر الاتفاق (قوله والجرح التي) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذي (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز إما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب فيكون

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح اذهومن الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه ولاتناقض وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا قال (فأما كل منه الكاسب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل) والفرق ما بينه في دلالة التعليل وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه

(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح اذهومن الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه ولاتناقض وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا أورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناقض ثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحاً للجميع وإن لم يكن بينهما تناقض ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتناقض ههنا لاتناقض بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما بمجاز في الآخر والمشاركة لأعمومه والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ إلى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلاً مما احتمل النص المذكور من التأويلين لعدم التناقض بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد في المجموع كل واحد منهما ما فاقى منهم ما يراد في النظم الشريف كأنه أخذوا في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلاً التأويلين يرادان معاً بل النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لم يزل يصرح أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفاً وقال صاحب معراج الدراية ههنا فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازاً قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب بل لو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسد ليلان كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال إذ لا شك أن مفهوم الأخص بغير مفهوم الأعم ولا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا الباطن في الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً على تقدير إرادتهما معاً معاً لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلاً المعنيين فيه فتعار الثاني للأول ثم يستق منه الفعل ولا يخفى عليه ذلك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لأنطواء الأول على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما يجوز في النقي على ما سيجي في الوصايا وعلل هناك بعدم المناقاة أيضاً (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً لإجبة أخرى لعدم وفاته بتمام المدعى

فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني

(١٧٦)

وفوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه) يعني حديث عدي رضى الله عنه رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان أكل

منه وذلك دليل واضح لهمما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على اختلاف الروايات كما بينها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيد التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مستندا

(قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فإن المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه لم يعلم وفي رواية أخرى موافق المذهب ما يثبته بتركه الأكل ثلاث مرات

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه (ولو أنه صاد صيد أولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانه عدم المحلية وما ليس محرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد ثبوت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما

هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره يرد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فانه انما يدل على أن لا يؤكل ما كل منه الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما كل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهم مما عاون كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق وقوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي أن يذكر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وما وسط بينهما ما قوله وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كما لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما كل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهمما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحة كل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحته كل ما كل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الأصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانه لا يقول لا يحصل الزام أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندى في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحل ما كل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخه فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عن أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بينها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندنا وهو رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما

وهما يقولان بالافتصار على ما كل لان ما حرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده
والجواب ما قال وتبديل
الاجتهاد قبيل حصول
المقصود لان المقصود هو
الاكل ومثل ذلك ينقض
باجتهاد آخر كتبديل اجتهاد
القاضي قبيل القضاء وما
قال أبو حنيفة أقرب إلى
الاحتياط وعليه مبنى الحل
والحرمة ولم يذكر ما ذاباع
شياً من صيدوه المقدرة
والحكم فيه كالذي فيه
الخلاف اذا صادق البائع
والمشتري على جهالة الكلب
وقوله (ولو أن صقرا فر من
صاحبه فكث حيناً ثم
عاد) يعني بعد ما رجع
إلى صاحبه لم يؤكل وأما
قبل الرجوع إليه فلا شبهة
في حرمة ما صاده لا تنفاه
الارسال ومسئلة الوثبة في
الكتاب معلومة وطول
بالفرق بين ما وثب فأخذ
من صاحبه وأكل وبين
ما كل بعد ما قتل فان
الصيد كما خرج عن الصيدية
بأخذ صاحبه جازان
يخرج أيضاً بقتله وأجيب
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى أخذه صاحبه دل أنه
كان ممسكاً على صاحبه
وانتهاسه منه ومن لحم آخر
في مخلاة صاحبه سواء وما
اذا كل قبل الاخذ فقد
كان ممسكاً على نفسه

(قال المصنف لان الحرمة
لاتنسى) أقول فيه بحث

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما حرزه قد أمضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاحراز فخرمناه احتياطاً وله أنه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبديل الاجتهاد
قبيل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه
فكث حيناً ثم عاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد
(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك بالصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها
إليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيداً قصار كما اذا ألقى إليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا اقترب من
شائه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهم الصيد
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث
أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهمه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم من تلك البضعة
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطيد فكان جاهلاً بمسك نفسه ولان
نهم البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطيد لبضعة بقطع القطعة منه فيذكره فلا كل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر
بما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما حرزه المالك أن يكون المذكور ههنا دلالة تاماً له ما في رد عليه أنه لو تم لدل
على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفاضة أيضاً لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضاً مع
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا اقترب من شائه) قال صاحب
العناية وطول بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج
عن الصيدية بأخذ صاحبه جازان يخرج أيضاً بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه
صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وما اذا أكل قبل
الاخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها تنقض
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل
متمش في صورة القتل أيضاً اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضاً بقتله فلم يتحقق
الاكل من الصيد في صورتين معاً مع أنهم مافتقران في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير رحيث قال
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقتا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما ينشأ بينهما من حيث
وجود الأمسك لصاحبه وعدم الامسك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه
صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلوا ما ان تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه ميتة أو خفية وان ذبح قبل حصول الصيد حيا وجب عليه الخ (١٧٨) حصول المقصود بالبدل

الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا يده من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما سبق في المذبح لانه ميت حكما لا ترى أنه لو وقع في الماء وهو ميت هذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها أنه ميت لا وهو أن ان لم يتمكن لفقد الأكل لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيد افطل حكمه كذا الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

أما حكمه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون مع ما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع اقترافهما في الحكم وبين وجهها آخر فارقا بينهما وعدا وجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين نيتك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحيش غير محرز فقد زال التوحيش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحزره المالك فبقي شيء من آثار الصيد ولو ازمه ببقائه حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة التوبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) أن يذبحه وان تركه نذ كيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا تناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجي في باب الرمي مفصلا لا يرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه

أما ثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الأكل لم يؤكل لانه مفرط وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا ولو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما لم يبق صيد افطل حكمه ذكاه الاضطرار فان قيل وضح المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهمها (قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبح لاما هو مثلها أو دونها والا لا يجب الذكاه كما يجي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كذا الاختيار رد إلى المتردية) أي اعتبارهم (هذا الذي ذكرنا) أنه لا يؤكل عنه إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك الذكاة فاما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة والذي بقى) أي شق الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة (إذا ذبح حل عنه) (١٧٩) (وعليه الفتوى لقوله تعالى

الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فاما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والا فلا (لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأنه ميت حكما وقيل إلى قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذ هذه الصائد وهما أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه وقع في يده حيا قوله (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعني ما دام في وجهه إرساله وقوله (ولأنه) أي شرط التعيين

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كذا الاختيار رد إلى المتردية على ما ذكرنا شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك الذكاة فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة والذي بقى بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن السيد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لأنه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذا أرسل مختص بالمشاركة ولأنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد لا يقدر على الوفاء به إذا لم يكن عليه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وصي مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فكيفه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية نصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أصبح احدهما فوق الأخرى وذبحهما معا مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فمكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما ما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لأنه لا يعتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمرهما بخلاف قوله لأنه ميت حكما لأنه تعليل لحل كل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه

(شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجاء بالنسبة إلى هذا المقصود سواء قل قد يكون مقصوده صيدا معينا أوجب بأنه متعذر لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الإرسال والرحى وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي عند الإرسال

وقوله (فيغلب جانب الحرمه نصا) أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرم الحلال وهما ثلاثه فصول أحدهما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمه لما رويناه والثاني ما اشترك فيه في الاخذ والجرح وفيه الكراهه (١٨٠) لان جهة الحل أرجح لان العلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في

شيء لكن الثاني أشد أي جل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحه لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما أثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبع الفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال (واذا أرسل المسلم الخ) الاصل في هذا أن الفعل يرفع بالاقوى والمساوى دون الأدنى فاذا أرسل المسلم كلبه وزجره أي أغراه الجوسى حلأ كله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون لبنائه عليه ونقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بأن الجزاء في الحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى (واذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجره لم يؤكل كذلك ولهذا) أي ولان الزجر دون الارسال (لم يثبت به) أي بالزجر (شبهة الحرمه) يعني في الصورة الاولى مع أن الحرمه أسرع ثبوتاً للقلبه

لان مكنته ذلك حيلة منه الصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عاقته ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لورى سهم الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول جثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانتقطاع الارسال بعكسه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه العلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة لتكمن لما بيناه في الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحه بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنه فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينتهض سبب الانهزام فلم لا يحصل ذلك بالكسر فأشبهه التخصيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه بر يده عدم يؤكل) لما رويناه في حديث عدي رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيع والحرم فيغلب جهة الحرمه نصا أو احتياطا (ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه وما ن يجرح الاول يكرهه كله) لوجود المشاركة في الاخذ وفقداه في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة (ولم يرد الكلب الثاني على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبع الفعل لانه بنه عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصير تبعا فضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فأنزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الأغرام الصباح عليه وبلا نزجاراظهر زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآتى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجر بزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوزد كانه كالرند والمهرمون تارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسى

تدبر نفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآتى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه) قال بعض الفضلاء لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكني المشاركة في اثبات الحرمه أو شبهها انتهى أقول ليس هذا بوارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركة الاصل في ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلان سلم كفاية تجرد المشاركة في اثبات الحرمه أو شبهها بل لا بد من أن يكون الاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(وان)

الحرمه على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكني المشاركة في اثبات الحرمه أو شبهها (قوله ونقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانقلاط) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني أن الزجر ارجح من دون الانقلاط من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقد) أي جرحه جراحة أمتخته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير إلى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانقلاط الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الانقلاط ملحق (١٨١) بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله (يجرح الكلب الاول) يعني أنه لا يؤثر لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

وفصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حساقطه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) نظيما مشلا فان تبين أن السموع حسه آدمي أو بقرا وشاة لم يحل الطهي المصاب مشلا في قوله سم جيعا لانه أرسل إلى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحه وصار كانه رمى إلى آدمي عالميا فأصاب صيدا فانه لا يؤثر كل (وان

وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانقلاط لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أو كل وكذا إذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر أو كل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فحل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقه أحدهما وقتله الآخر أو كل) لما بينا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحه والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

وفصل في الرمي (ومن سمع حساقطه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تنبت الاباحه في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه

في العناية وفوق المحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل بقوله فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال ليكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانقلاط) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآية قالوا جبهه هنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانقلاط في القوة والضعف وتعليل المصنف آياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا غير الصريح فيما قلناه تبصر

وفصل في الرمي (لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية

تبين أن السموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) السموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن السموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تنبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة السموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

وفصل في الرمي (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحه) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل لانه

(وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كـول) وما هو كذلك فالأ كـول وغيره بالنسبة إليه سواء أفاذ قصد فعله الاصطياد أو فعل الفعل الاصطياد إذا الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصايد بشرط قبوله بالإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيداً مباحاً وإذا اقتلها فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغیر السماع من البهائم والطيور وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده تثبت أن فعله وقع اصطيداً وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالهلال ليس يخرج له عن ذلك وإذا وقع اصطيداً كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وقوله (وإن تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفاً وقوله (لأن الفعل ليس باصطياد) إذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالأجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلة أي بمنزلة الآدمي لما يئس أن الفعل ليس باصطياد ثم إذا جهل توحش المقصود برمييه يعتبر فيه الأصل وعلى هذا يخرج المسئلان المذكوران في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلأ كـه شرطه أن يكون حلأ كـه (١٨٣) مشروطاً بالذبح حتى لو سمع حساً فظنه صيداً فرماه فأصاب

وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كـول فوقه الفعل اصطيداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لما وجد أو قد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد) لأن الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة لما يئس) (ولورى إلى طائر فأصاب صيداً من الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولورى إلى غيره فأصاب صيداً ولا يدري ناذ هو أم لا لا يحل الصيد) لأن الأصل فيه الاستئناس (ولورى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما (ولورى فأصاب السمور حسه وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه (فإذا سمى الرجل عند رمي كل ما أصاب إذا جرح السهم فأن) لأنه لا ذكاه فيهما (لأنه لا يكون السهم آلة فقتلته التسمية عنده) وجب على البدن محل لهذا النوع من الذكاه ولا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاه على ما بيناه قال (وإذا أدركه حياداً كاه) وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول فلانعيده

وقدم وجه تقديم الأول (قوله والظبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد إذا تظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان بخلاف الحيوانين فإن قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت والظبي الموثق بمنزلة إذا لفرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة علم أن المراد ليس بمجرد أن لا يكون صيداً بل الاشتراك في بعض الأحوال أيضاً فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الظبي

ظبياً ثم تبين أن السمور حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حساً وظنه آدمياً ورماه فأصاب السمور حسه وهو صيد حلأ كـه لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً فإن قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حساً وظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصايد والقياس أما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

أنه لما حل المصايد مع افتراض ظنه بأنه آدمي ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أو لى أو لأنه لم يقع فعله اصطيداً انظر إلى قصده قال فلا يحل المصايد هنا وحل هناك لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً أو بيانه أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير السمور حسه والسمور حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد فقتلها إلى فعله الذي توجه للسمور حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيداً وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لأنه عدم فعل الاصطياد وأما ما هنا فافهمه أصاب عين السمور حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك الخالف لفعله الذي هو اصطيداً بحقيقته والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً فيحل أكل المصايد لو وجد فعل الاصطياد وقوله (على ما بيناه) يعني في فصل الجسور ح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ (قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الأولى أي بمنزلة الأهلي (قوله نظر إلى فعله الذي توجه إلى السمور حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى اصابه ميتا كل) قبل اذا وجد فيه جراحة سهمه لا غير وما اذا وجد جرحه وفيه جراحة اخرى فليس له ان يأكله ترك الطلب أو لم يترك كاسيحي لانه ظهر لونه شيئا أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لونه سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالجرح انما فسلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا فلما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتله فانه حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه من زراق وهو الزرع الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتله الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجد ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضا اجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة ان الاصطبا لا يعري عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله وقوله (والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أن تسبغ واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما روينا حجة عليه انه كره كل الصيد اذا غاب عن الراي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته كل الصيد اذا غاب عن الراي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتله حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما

(قوله كالجرح انما فسلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره الموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول في دلالة على التصريح كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل) لما روى عن النبي عليه السلام انه كره كل الصيد اذا غاب عن الراي وقال لعل هوام الارض قتله ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعري الاصطبا عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التفرغ عن توارى يكون بسبب عمله والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليله لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يابى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل) قال الزبيلي في شرح الكثر وجعل فاضحان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع

الموهوم كالتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا له المستقلا (قال المصنف والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليله لا يحل) أقول وجعل فاضحان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أعتد والاصحاب ما رأته والانعام ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي روينا حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليله لم يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل فبني الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو حل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزبيلي أما نص عبارة فاضحان فقهي والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليقه الذي ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمر سهل اذا مراد اذا غاب عن بصره وهو قاعدة عن طلبه بقريئة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففقه ضرورة فليست أملا وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما روينا حجة عليه أنه كره كل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتله حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أن تسبغ فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرما فقهيا اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول فكرهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رى الغير فاعتبر

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرى في جميع ما ذكرناه قال (واذا رى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتروكة وهى حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرى اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلان كل فاك لا تدرى أن الماء قتله أو شهك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده بحج رى عدمه لان التكليف بحسب الواسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجرة أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن هذه الاشياء قتله وبما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وحل مطلق المروى في الاصل على غير حالة الانشقاق وحله شمس الأئمة السرخسى رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنفخ في الماء كل وان انقسمت لا يؤكل كل

ما أئمت والاصمها ما رأيت والاغنام ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزبلي فان الامام قاضيان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعنى الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أولا لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهم ما كل ما أصميت ودع ما أئمت والاصمها ما رأيت والاغنام ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيه عذريته للضرورة لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصره الرأى فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا خرج عظيم والمخرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعزى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله وذ كرفى الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بار وحاء على جدار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبابكر فقسمهما بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء كل) قال في العناية أخذ من النهاية يعنى اذ لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجى انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذا الظاهر أن الوقوع على

محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير يمكن لان الصيد لابد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يحل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رى صيدا فوقع في الماء الخ) كذا هو واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ماسياتى قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من عل وهو لقصة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء كل) يعنى اذ لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجى (وقوله وذ كرفى المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهى قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحل المطلق المروى في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحل شمس الأئمة السرخسى روايه المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه

وفي الجملة قلنس في المسئلة روايتان وهذا أى ما فعله شمس الأئمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجوز على اطلاقه وحله كما على غير حالة الانشقاق فيحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرناه في معناه

وقوله (كما اذا وقع في الماء) أي غير المائي (في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بجده والبندق طينة مسدودة يرى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاي المججمة خزق المعراض (١٨٥) أي نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله

(وكذلك ان جرحه) يعني اذارماه بجرحه فان كان ثقبلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بنفسه وان كان خفيفا وبه حدة أو كل والمسروعة جرح أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقيه الا اذا كان المستثنى عزيرا نادرا ايذا بانائه بلغ في السدرة حد الشذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم النجس لم يسلب فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكافي لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس لغظته أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال (وان رى صيدا الخ) اذا قطع بالري عضو من الصيد أو كل الصيد لما بينا ان الري مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أو كلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أو كل لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال (وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بجده فكل وما أصاب بعرضه فلانا كل ولانه لا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما أصابته البندق فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرحه قالوا تأويله اذا كان ثقبلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بنفسه وان كان الجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الجرح خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروحة جديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذارماه بها فابان رأسه أو قطع أو داحه لان العروق تنقطع بنقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق السك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولورماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح يفيق كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل يفيق كان حراما وان وقع الشك ولا بدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاه ولم يسلب منه الدم قبل لا تحل وقبل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماء حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أو كل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعي رحمه الله أو كلان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصة المنصوبة بليس وقوع على الارض ولهذا جعل المصنف الاول قسما للثاني فيما سيجي وهو حد الاول مما يمكن التخرز عنه والثاني مما لا يمكن التخرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ماسيجي (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول رد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطرار يصار اليه عند الجرح عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبس بالضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أو كل الجروح بالري بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء خرج فاكنتي بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما منع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(٣٤ - تكمله ثامن) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كالا يشترط فري الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني

(والمبان منه كما إذا أئين الرأس بذ كاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان فى ذ كاة الاضطراب كقطع الرأس فى ذ كاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذ كاة الاختيار فكذلك العضو والمبان فى ذ كاة الاضطراب (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما أئين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذ كرا الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة يعنى أئين من الحى حقيقة وحكما ما حقيقة فليقيم الحياة به وأما حكم فلانه يتوهم حياته بعدا بانه هذا العضو ولهذا أى وليكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء (١٨٦) وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه

فى الماء وقوله (أئين بالذ كاة) ذ كره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقرر برهنا ان ما أئين بالذ كاة يؤكل ولكن لا ذ كاة ههنا لان هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذ كاة لبقاء الروح فى الباقي على وجه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك والجرح يعتبر بذ كاة إذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا الوجوده وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذ كاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذ كاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذ كاة للمبان بتبعية الأكثر اذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الأكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزال التبعية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله

والمبان منه كما إذا أئين الرأس بذ كاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لانه ما أئين بالذ كاة ولنا قوله عليه السلام ما أئين من الحى فهو ميت ذ كرا الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة فليقيم الحياة فيه وكذا حكم لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أئين بالذ كاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذ كاة لبقاء الروح فى الباقي وعند زواله لا يظهر فى المبان اعدام الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكم بحمل وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكم ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع بدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثة مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقي (ولو قد به نصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكم اذا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما أئين منه فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى روينا (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلأغه النخاع وان ضرب به من قبل الفقاان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت ان كان يتوهم الانشام والاندمال فاذا مات حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجذعه حل ما سواه لوجود الإبانة بمعنى والعمرة للعانى قال (ولا يؤكل صيد الجوسى والمرتد والوثنى) لانهم ليسوا من أهل الذ كاة على دينه فى الذبائح ولا بد منها فى إباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهم من أهل الذ كاة اختيارا فكذا اضطرابا

بوجه آخر حيث قال وهو ذ كاه ضعيف عنده لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذ كاة الاضطراب لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسيدي لان عدم اشتراط فرى الاوداج فى ذ كاة الاضطراب للعجز عنه ولزوم الجرح فى اشتراطه وهذا غير متحقق فى الانهار اذا عجز عن الجرح بل اريب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا جرح فى اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما أئين من الحى فهو ميت ذ كرا الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى أنه ذ كرا الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة أى أئين من الحى حقيقة وحكما أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى السنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(والاكثر مما يلي العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذ كاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذ كاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا للباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل كل صيد الجوسى) مبتناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل الذ كاة الاختيارية ولا بد منها فى إباحة الصيد

(قوله وتقرر برهنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم ينخه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فاذل ينقسم الى قسمين اما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على
أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن ينخه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه اما أن
رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعدها فان كان الثاني فاما أن ينخه الاول أو لم ينخه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب وأنا ذكر ذلك تكملة للإفادة فان رمياه معا أو أصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا وبؤ كل لان كل واحد منهما رمى الى
صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بجماله الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصاب الرميتهان معا فاستويا
في السببية وذلك بوجوب المساواة في الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأنخه أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم
أصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل كله عندنا خلافا لزم وهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير متمتع فصارت كالو
رمي شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحمل تبينه ولهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحمل صيد فلم يتعلق
بالثاني خطر وللملك حالة
الاتصال لان الملك يتصل
بالحمل وسهم الاول أخرجه
عن حيز الامتناع فملكه
قبل أن يتصل به الثاني وان
لم ينخه فهو للثاني وهو
ظاهر وان رماه الثاني بعد
مارماه الاول قبل أن يصيب
سهمه وهو الاول من
القسم الثاني فحكمه حكم
مالو رمياه معا هو لهما
وحل كله وأما المذكور
في الكتاب فقد أمد معن
المصنف في بيانه ونشير الى
بعض الفاظه ان خفي
فقوله (هذا) اشارة الى قوله
ولم يؤكل

(قوله فان أصاب فاما أن
ينخه قبل اصابة الثاني أولا
والثاني كذلك) أقول يعني
اذا رميا متعاقبا (قال
المصنف أما اذا كان الاول

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم ينخه ولم يخرج من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني وبؤ كل)
لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أنخه فرماه الثاني فقتله
فهو الاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة لقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف
الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد لانه حينئذ يكون المسوت مضافا الى الرمي
الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد لانه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه
فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة به عنده وعند محمد يحرّم
لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصارت الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل (والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته)
لانه بالرمي أتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المنخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم
الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كذا كما اذا قتل عبد امرأى

اطلاقه كما أن المقيد بحري على تقييده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل
المسألة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه
الصيد يرى مستندرا لان مجموع التأويل من متعلق بمسألة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي
قوله وان كان الاول أنخه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته
انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد تعين أن يكون
أيضا قوله والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه
الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته الاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع

بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح (أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فاما ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال
لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحال الرمي هنا ليس لانه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه في تلك
الحالة أيضا صيد مباح بل لا يكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعني
الاتصال بالحمل (قوله والحمل صيد) أقول الواو حالية (قوله ولللك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله
وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله وان لم ينخه) أقول معطوف على قوله فأنخه أي أضعفه الخ (قوله حكمه حكم مالو
رمياه معا هو لهما وحل كله) أقول لا بد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول
فاما أن أنخه الاول أو لم ينخه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدي الرمييتين تعلق بها حظرو والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته الجاهلة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأي ما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فبإضافة اليهما قيل كان لواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف

(١٨٨)

بسبب قبل سبب ضمان نصف

يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانياً قوله (فالجواب في حكم الاباحة الخ) يعنى لافي حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي وانح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما مسبيين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لحايات الدائن والمدينين وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتنسيبه ومشروعيته وحكمه مذکور في الكتاب وسند كره شيئاً فشيئاً أما تفسيره فلهذا كره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا يوهم أن بين المستثنين فرقا أعنى بين ما اذا حصل

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة الجرح أما الاول فلانه جرح حيواناً مملوك كالغدير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً وأما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين لان الاول ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً وأما الثالث فلان بالرأى الاول صار بحال يحل بذك الاختيار لولا رأى الثانى فهذا بالرأى الثانى أنفسه عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانياً فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رما صيداً على قلة جبل فأنخنه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطيد ما يئو كل لحمه من الحيوان وما لا يئو كل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم

صيد المملوك أرايب ونعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال ولان صيده سبب لانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

أيضاً واذا علم أن الرامى الاول كان بحال ينحوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرأى الثانى فلا حاجة الى التأويل الثانى ثم أقول في الجواب ان كون الرامى الاول بحال ينحوم منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرأى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرأى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراعاة المصنف بالتأويل الثانى التقييد عما علم كون القتل حاصل بالرأى الثانى وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يقيد التأويل الاول بهذا التقييد لان القيد الذى ذكره أولاً أعم تحقّقاً من القيد الذى ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرأى الثانى وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرامى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرامى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراً

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطيد سبب لتحصيل المال

القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لافرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان فنقل ذلك عن قاضيان أى عدم الفرق بين المستثنين الى آخر ما ذكره الامام الزهلى فراجع (قال المصنف قال قائلهم صيد المملوك أرايب ونعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال) أقول البيت لعنزة العيسى وهو جاهلى وهم كافواً كالون الثعالب وما هو شر منهم فان كان استدلاله بمافى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعى وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيداً الا بقدرته فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسداً ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه منه) أي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن إرتهان الخروج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبود وباروي أنه صلى الله عليه وسلم اشترى (١٨٩) من يهودى طعاماً ورهنه درعه

وبالاجماع فإن الامنة اجتمعت على جوازها من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره أن الدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولاً في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالاجاب والقبول) ركن الرهن الاجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ

(قال المصنف وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف في قوله

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وباروي أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاماً ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالاجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مبرجة لا يراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والحواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والالزام تفويت تلك المناسبات فتكون مبرجة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كإفصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء المقصد بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنهله في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا سديداً لاشك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق الأن للعاقدة الرجوع عنه مالم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس للزومه فيه صدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً بالارباب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالاجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الاجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه بمستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجمع الاجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالاجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بان انقبول ركن في كل عقد وقول القدرى الرهن ينعقد بالاجاب والقبول

كالديون مقم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهن بالدين والاقبال اقام وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(قائوا) أراد به شيخ الاسلام خواهر زاده (الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتين من اليد شيئاً عليه ولا نفي بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله (١٩٠) (والقبض شرط للزوم) كانه تفسيراً لتول القدر ويرى ويتم

بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غـير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا مقبوضاً مفرغاً محموزاً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطاً كالكفالة

(قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلة المصنف بأنه عقد والعقد انعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للرتين

قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط للزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة وتعليل صاحب العناية آياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتين من اليد شيئاً عليه ولا نفي بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئاً على المرتين ابتداء فقد استوجب عليه شيئاً في البقاء وهو صيرورته المرتين مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتين مستوفيا لدينه عنده هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بالايجاب الراهن وحده بل لا بد أن يتوقف على قبول المرتين أيضاً حتى يتم جعلنا إياه مستوفيا لدينه حكاه عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجي تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط للزوم على ما بينه) قال في العناية كانه تفسير لقول القدرى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غـير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الا مقبوضاً مفرغاً محموزاً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فقلنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك لله هو له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للعمل على نفي ثبوت الملك للرتين بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

من اليد شيئاً عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتين (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ولما ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتين (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(ولنا ما تلونا) من قوله تعالى فهران مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر كافي قوله تعالى ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فليصم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجبر فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فآرهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المدينين ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كافي قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر لا باحة بقربة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطاً للجواز وللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية مسترورة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بضمه كذلك واسند مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عطف كافي سيل مضموع عن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للجواز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقربة والاجماع لم يكن حال

(١٩١)

في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لازماً مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط الزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالراضى والتراضى وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهن لا يستوجب عقابته على المرتين شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كافي الوصية وذلك بالقبض

نبوت الملك للرهن بحال أصله لا يفتى في الجواز ههنا على ظاهره قوله (ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر) نظيره قوله تعالى فضر الرقاب أي فاضر بواو قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجبرها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوص عدة من أيام أخر أي فليصم عدة من أيام أخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضاً وهو قوله تعالى فهران مقبوضة بمعنى الامر أي فآرهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدينين بالاجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هنا هذا ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثير من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو عمل متعجل بتصحيف ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفاً ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع أننا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة بمتروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخ في هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوص عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني والحاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لان تسليم الاعن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بضمه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهن هو الرهن بمعنى المرهون بدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً ولعل الاولى أن يقال التقدير فهران كافي قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضى في تفسيره رهن ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهن جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقه وما قاله الشيخ النسفي أيضاً في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد تجعل أمماً ويزول عنها عمل النعل فاذا قال رهن عند ريد رهنه لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المشغول به كما يقال رهنه زبداناً وما جعل اسماً جمع كما يجمع الامم من رهن ورهن انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره قرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال
والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان ارادة
المرهون به جازة كالرهن يراد به المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبل مقبوضة
بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصحيحة لكان وجهاً بعد الأذى الأول ورود الالباس وفي الثاني
لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم إلى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب
الهداية الرهان مصدراً كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي
ولتأنيثه نظراً لأنه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
جمع رهن وجمع الرهن رهنون ورهان ورهنين بضمين والرهنه بمعنى الرهن أيضاً وجمعها رهاثن
نعم الرهان يحكي مصدر من قولهم راهنه على كذا أي خاطره مراهنه ورهان من باب المفاعلة
ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتاج في صفة الرهان إلى تأنيث
التأنيث فافهم إلى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع
وهن كالتعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس
بمصدر وإنما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم قرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالتعل والنعال فكذلك في
كتب اللغة وبدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز
أن يكون الرهان مصدراً من باب المفاعلة كالقتال والضرب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
قرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصحيحة ويجوز
أن يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر
محذوف وهو قرهن رهان مقبوضة فيكون مصدراً تقدير الالتفات إلى هنا كلامه وأما صاحب العناية
فقد ما استشكلوه أمرهنا ونوجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن
ثم قال والجواب عنه أنه ما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك واسناد مقبوضة
إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مغم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة
وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل
هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهنون ورهان ورهن وقال في
القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب منك ما أخذ منك والجمع رهان ورهنون ورهنين بضمين وقال
في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وحبال وقال في تفسير القاضى رهان ورهن كلاهما
جمع رهن بمعنى مرهون وكذلك في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة إلى ضمير رهان مجازاً عقلياً
خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن
جداً يحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك
حقيقاً فاما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بذلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسيل مغم قبيح جداً فان المغم اسم مفعول
أسند إلى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند إلى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه
فالمناسب في التمثيل ههنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كلها أيضاً خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جههور
المفسرين فالانصاف أن التمسك بعنقه لا يفيد القطع ولا الالتزام على الخصة ولكن الاقرب والاشبه من
بينهم أن يكون التقدير قرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح ووجه (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمتنقي والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقص للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثيقا لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يحل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذا لحقته أقوى من الجهة وما يثبت به (١٩٣) الأقوى يثبت به الأدنى وأما الوصف

المدكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا لابتداء فلا يكاديين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محورا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محورا احتراز عن رهن الثمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقص للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعدة من أيام آخر فان التقدير فيه فصوص عدة من أيام آخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن ثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقص من فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقرر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لأن جهة التبضع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبضع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيستقر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبضع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تسكمه ثامن) قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع (أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف) قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكد (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محورا احتراز عن رهن الثمر على رؤس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن (أقول قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية فقبض محورا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر وادفعها متاع الراهن بدون المتاع ميز أي ان كان متصلا بحق الراهن خافه كالرهن على الشجر يجب أن يعز ويقتل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالحمل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقا أو مجاورة والمميز يتعلق بالماصل في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقا حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التباين بين التفسيرين

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض هو الاستيفاء ولا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط به إلا كشيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلّق الرهن قالها أي هذه الأمانة ثلاثاً لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزاد به الصيانة فلو سقط الدين به لأكده عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما تنفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذاهباً لا يقال المراد به ذهب حقه من الامساك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحقه ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكر أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختمه ما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقه فذكر الحق منكر أن أعاده معرفاً وفي ذلك يكون الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو عفاً عنه ومعناه على ما قالوا (١٩٤) إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدم ما هلك يعني إذا قال الراهن

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض هو الاستيفاء ولا يحصل قبله قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين به إلا كقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن قالها ثلاثاً لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فهل كذا لا يسقط الدين اعتباراً به لأك الصلح وهذا لأن بعد الوثيقة بزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد إذا الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما تنفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وقوله عليه السلام إذا غنى الرهن فهو عفاً عنه ومعناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدم ما هلك واجاع العصابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية القول بالأمانة خرقه والمراد بقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكاً كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن بالاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوياً مفرعاً متميزاً فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المهرهون ألا شك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكمي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون قال قول بكونه

أمانة خرق للاجتماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكاً كذا ذكر الكرخي عن السلف كطاوس وأبراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عمار رهن به فيقول الراهن للمرتهن إن جئت بحقك إلى أجل بسمي له والأفألهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحب بما فيه بعد الأجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وأن يبيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتهن بالاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن بالاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن لغته ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو عفاً عنه) أقول الباء للقبالة والمعاوضة

وفارقته برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فككا وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكاله لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لم يدام وتأيد بنفي الفسكاله دل أنه ينفي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعى منبثعا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بآيات الدوام والحبس ليقع الامن عن حدود الرهن مخافة حدود الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان يحسد الدين أن يحسد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخلص الاكثر (١٩٥) وألضجره عن المطالبة وهذه

أضاف قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتهاء احتمال النقص فلزم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو راجع بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى الدين بالحبس بالردعى الى الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالردعى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لنقضي بالاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

وفارقته برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلا اليه وذلك ثابت بآيات الدوام والحبس ليقع الامن من الحدود مخافة حدود الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى قضاء الدين لحاجته وألضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلما استوفاه ثانيا يؤدي الى الرابح بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالردعى الى الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدون لانه لا يتصور

وفارقته برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا قال في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكاله لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لم يدام وتأيد بنفي لفسكاله دل أنه ينفي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتأخر الشرعية لكن الجواب ليس بنام عندي لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والاي لم يرتفع التقيض مع ما وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فسكاله الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت في البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفعال ذلك من نفي فسكاله تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلما استوفاه ثانيا يؤدي الى الرابح) يعنى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتهاء احتمال النقص فلزم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو راجع بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى الدين بالحبس بالردعى الى الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالردعى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لنقضي بالاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

قيل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقص انما يتحقق فيما أمكن رد المالك الى المالكين فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليس استوفى المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الرابح هو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا قل زول الدوام ومعنى الانفصال له بقاءه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانما هو عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليستأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا يظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الأكثر لأن يحمل على التحقيق يجعل النادر معدوما في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالردعى الراهن) أقول قوله بالردعى بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لنقضي بالاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به وذاك أن تقول ما لك جوابه أيضا فليستأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان المال عين الدين أو بعبارة لاسبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن يبدل بالصرف والمسلم فيه جائز والاستيفاء بهما غير جائز ووجه الجواب أن المختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو بالمالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بد الاستيفاء كذا كرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كافي الحوالة فانه لو جب الدين في ذمة المحال عليه له سيانه حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدهم مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا اللوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ

(١٩٦)

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كافي الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدنه بآثار بد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددنا ما في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد لا تنفاد لانه يفوت وجهه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موضوعه وهو تعبئه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضى الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال ان الواجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدى الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدى الى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضا الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرابا تأمل في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعنى برده على هذا اللفظ أى على لفظ القدورى وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهى ما يجب مثله عندها كانه كان مثله وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

محبوس عند المستأجر بالاجرة المججلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الأجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان بد الاستيفاء هى السبق كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فذلك لم يصح مستوفيا بالهلاك فى يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء

المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص فى حق استرداد الاجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون لثنا كيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالورهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه أى حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما محتمته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أى يشكّل على هذا اللفظ أى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما أن يكون بدين مضمون أولا والثاني غير صحيح كافي الودائع والحواري والمضاربات والشركات والاول اما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عندها كالمثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيمياً ويكون مضمونا بغيرها وهو المرهون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكّل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه) أقول يعنى واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفى أواخر الصلح أيضا

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك على فلان فعلى ذون الرهن

وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن يريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فإن كان الأول فليس

كلاماً منافية وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحاً على كل من التخيير بين أ ما على الأول فتقريره ولكون

الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهـ لا كما فلو أقال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك

لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصاً ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت

كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فإن الحوالة عليها تبطل بهـ لا كما لانه

لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كافي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بهـ لا كما بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لأرد على القدرى الاعتراض رأسا لانه لا ينفى صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتماداً على ما ذكره في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلاً عن مثل ذلك الشارح أن يقول إن القدرى لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدرى في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئاً في دفع الاشكال أو أورد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه فإن مجرد تخصيص الشيء بالدكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فأنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية واعتراض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك على فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن تريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فإن كان الأول فليس كلاماً منافية وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول وقوله فليس كلاماً منافية ليس بشيء لأن عدم كون كلاماً منافية لا يضر بغرض السائل بل يعينه فإن مقصوده القدرى في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لأن الكفالة تصح بدين سبب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضاً الذي كلاماً منافية ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلاماً منافية الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سبب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ماذا لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومما إذا المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف فإن المعبر عند أبي حنيفة بقيته يوم الخصومة وعند محمد بقيته يوم الانقطاع كما مر تفصيلاً في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعاً فلا يتم التقرير إلا على قول أبي يوسف وليت شعري لم يتعرض

(قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فإن الكفالة بالأول صحيحة دون الرهن فتوجيه السؤال إلا أن يخص الكفالة بنفسه أيضاً عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقبل أى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (بترادان الفضل) يعنى أن الترادان بما يكون من الجانبين وقوله (كفى حقيقة الاستيفاء) مثل ما اذا أوفاه ألف درهم في كسب وحقه في ألف فانه يصير ضمانا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لاننا لو لم نجعل الزيادة رهونة أدى إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن بأن استعد الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله (والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع) يعنى توفيقا بين حديثي على رضى الله عنه (١٩٨) فانه روى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حل الاول على حالة البيع

قال (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا الدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين رهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة باعتبار بقا قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمرو وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولان المرتهن من يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدرة المستوفى كفى حقيقة الاستيفاء والزيادة رهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (والمرتهن أن يطالب الراهن دينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الضمان فلا تتعبد بالمطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطالعة عند القاضي بحبسه كما يبناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طالب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيامه بالاستيفاء لانه يشكر بالاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كفى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العدة فيه ان كان الرهن مما لا أجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له أجل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإبقاء فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له أجل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكاف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كأبينا على التفصيل فيما تقدم) يعنى في فصل الحبس من أدب القاضي وقوله (واذا طالب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتباره شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعنى المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه

لهذا احدث من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون العلم غيرهما ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمر يكون العلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لانه ثالث ثم ان تاج

لاطلاق

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

(قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حينئذ تنضم إليه لوجوب استعمال الفعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقريضة على الحذف شهرة المذهب فن الملقولة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوفاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله يعنى أن الترادان بما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لاننا لو لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشبه الى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لأنه لا قدرة له على الاحضار) لأن الرهن يبيع بأمر الرهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا إذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لأنه أي الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين لأنه لما باعه بأذنه صار

(١٩٩)

التمن رهناً براضيه مما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى التمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الرهن رهنه وهو دين بحسب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض التمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق ترجع اليه وقوله (وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء النجم) قيل إذا ادعى الرهن هلاكه الرهن وأما إذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم إذا قبض التمن) يعني ان باع الرهن وقبض التمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء النجم لقيامه مقام العين

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لأنه لا قدرة له على الاحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيع فباعه ولم يقبض التمن) لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقسام البدل مقام المبدل لأن الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء النجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض التمن يؤثر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشرعية من الشرايين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في قوله الأقل منهم التبعية والأقل يصلح بعضاً إذا الأقل مع منهم معرفة فتن بخلاف أقل منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لأن سلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تتناول السكك للجزء كما هو مقتضى من التبعية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المذهب بعضاً من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بل لا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن التبعية على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفاً وبين أن يكون منكر انما يشي بما إذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يشي بما إذا كان مدخولها نكرة إذ لا يلزم اذ ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وأما كذلك قطعاً وذكر بعض الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأقل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحسبه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة لأن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى يعلم السهر وأخفى وقوله تعالى ولذ كرا لله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لأنه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف ولتتحقق الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جاز به ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبينها ههنا بالكلية (ف قوله لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبق في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الرهن لأن الأصل كان صالحاً لأن يكون رهناً فكذلك خلفه تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فحكم من تبي ثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقوله فصار كأن الرهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الخلقة لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الرهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه فليأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني النجم لئلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا يدين احضار كلها كما لا يدين احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجب الراهن على القضاء كما كان ثمة اجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بقله فكان ثمة ما تفاسخا وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم قد حل ووجهه هكذا أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نعيم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يترك الراهن من يبعه وأن لا يمكن لان حكمه الجبس (٣٠٠) الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه

واضح وقوله (فلو هلك) وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا يدين احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يده غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يده في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أو دعني فلا ن ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل بحذر الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى ثبت كونه رهناً) لانه لما بحذر الرهن فقد نوى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا علك المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الجبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضا البعض فله أن يجبس كل الرهن حتى يستوفي البقية) اعتباراً بجبس المبيع (فاذا قضا الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاؤه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاءه بعد استيفاءه فيجب رده مع ظهوره لكل منأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لورهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلاً للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلاً عن المغبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لامقصود انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاؤه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاءه بعد استيفاءه فيجب رده قال في العناية وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمتيه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاؤه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمتيه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعها اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقر بالهلاك فصرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد ابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراء المرتهن المستوفي فيجب أن يكون ههنا كذلك

(قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك

أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكي اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نعيم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله اجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الاصول أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكلف المرتهن بالاحضار في مسألة القتل لعل بعدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الانباء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجب الراهن اذا أحضر وعل مراد الامام السفناني هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالتقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء مني ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن وقوله (لأنه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لغوات القبض وان كان الدين باقيا وإذا أبراء عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما هو فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٢٠١) باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر

لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني إذا حبسه بعد التنازع فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للرتن) معناه انتفاع جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(وكذلك لو توافقت الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده) سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن (وليس للرتن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا ليس إلا أن يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الابتسليم من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

عن عه اياه فإنه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للرتن بقضه السابق وقد تقرر بالهلاك قصبر ورته مستوفيا بملك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالتقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء مني ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغواته أي أقول في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو ومن الكلام ههنا لان الإبراء في مادة النقض من الراهن ولا شك أن الراهن من عليه الدين فكان الإبراء فيها من عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو عما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء ثابت للرتن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض صار المرتن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقصدا على الإبراء في الحكم فلم يكن الرهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين من عليه من هذه الحنية فلهذا قال واسقاط الدين من ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحنية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتن لثبوت الاستيفاء له بيده بقضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا إذا أبراء عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

(قوله وإذا أبراء عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فإنه ذكر قيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو الكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولا أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(٢٦ - تكمله ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة إلى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجي ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعترف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاع جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الأنهار ان قيل انما أنكر وافية استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقا فلنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه ههنا

قال (ولمرت أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة في العيال للساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فان أبي فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فإذا قضى الدين فالمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وإن هلك الرهن (٢٠٣) بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهن) كجعل الأبق (أو لرد جزء منه) كمداداة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (اتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتهن من حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالعين متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لتكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر أجاب

(ولمرت أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد ينابح ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى (ولورهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن) لأنه متعبد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وانما الأذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطليسان أن لبسه لبسه معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو من يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والاصل أن ما يحتاج إليه الأصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه وكذلك منافعه مما لو كفه فيكون أصلحه وتبقيته عليه لما أنه مؤتمن بملكه كافي الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كفه ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة طائر ولدا الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وحذاذه والقيام بصالحه وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الأبق فانه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت مؤتمنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لأعادة اليد وبه في الزيادة يد المالك أذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي كراه فان كانا متحجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما العمل انما يلزمه لأجل الضمان فيقدر بقدر المضمون ومداداة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفساد من العناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لأنه ملقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي بملكه بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالنسبة يقرره ويهينه وأذا بقي الدين حكما في ضمان الرهن وبه سلك الرهن بصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما أو الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين إلى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لانافي ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق (قال المصنف لأنه علف الحيوان) أقول أي كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد (قوله لا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه. وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما أداه أحدكم مما وجب على صاحبه) يعني من
أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدكم مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك
وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى. وقد قيل انه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن
ما لم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فإنه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك متردداً بين الانفاق حسبة
وديناً فعند الاطلاق ثبت الادنى وقوله (وهى فرع مسئلة المحر) (٢٠٣) فذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى

وما أداه أحد منهما مما يجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحد منهما مما يجب على الآخر بأمر
القاضي رجوع عليه كأن صاحبه أمر به لأن ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا
كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف أنه يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة
لحجر والله أعلم

قال (ولايحوز رهن المشاع)

باب ماجوز ارتھانہ والارتھانہ وما لا یجوز ﴿

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعني أن الحكم يكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول مخالف لما قدمته بناء

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليله إلا أن أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها فإذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرر بالوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت بد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن البد ثبتت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون البد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٣٠٤) الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبت بد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يباي جذا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من صورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انتفى العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لأنه فقد بعض شرائط الجواز انعقد الرهن لو جود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا انعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله أنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جواز وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقريب إذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضحه انتهى واقتنى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضحه أقول علل جميعا فيقوت الاستيفاء

ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضحه (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جدد الرهن والدين جميعا فيقوت الاستيفاء

وأما بالنظر إلى النص فلا نه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاءه لأن ما يتعلق بالحمل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ولا كالمحرمة في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبت بد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويقوت في المشاع والداعي إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يبنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه

(قوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت بد الاستيفاء

وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس والاستحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكأنه يقول هرهنتك يومادون يوم ولا تسلك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا (٣٠٥) أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه وأما على الثاني

فلا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يومادون يوم ولا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت بدلا استيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوم ما يحكم الملك ويوما يحكم الرهن فيصير كأنه رهن يومادون يوم لا والسيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمه ما هو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتبارها في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن ثمرة على رؤس النخل دون النخل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخل أو دون الزرع أو النخل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الشجر بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للنبي فيصير رهننا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الهبة (ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعه ما تصحح العقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (وبدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقربة) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهننا بمحضته والابطال كله) لان الرهن جعل كأنه ما ورد الاعلى الباقي ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا امتناعه في الوعاء المرهون ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلتقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهننا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سر جاعلى دابة أو لحام في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهننا حتى ينزع منها ثم يسلمه اليه لانه من نواحي الدابة بمنزلة الثمرة للنخل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلمين حيث قال ليقع الامن من الخلود مخافة بخود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجيره انتهى فليت شعري ما جعل هؤلاء الشراح على قولهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط

الرهن لاتصالها بخافة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضه انما ما يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا من غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثاني تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المختلط للارض اذا المشجرة هي المختلطة

وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله اذ ارهن دابة علم الجاهل أو سر ج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله (ولا يصح الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فبدأ خذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولا وما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أولا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

الا اذا قضى القاضى بقبض المبيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى للقاضى بقبض المبيع بينهم ما أول قبض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهم ما بدون رضا البائع أو قضاء القاضى لان احتمال اقامة البائع اليئنه على النتائج أو التلقى من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى بقبض العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله بهلاك أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالوجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى اسـتمقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتياالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قبل فليجعل المعدوم

حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ايقع القبض مضمونا ويحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شألكه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عندها كما مثل المغصوب وبطل الخلع والمهر وبطل الصلح عن دم العبد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تحب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوبه اضافة التملك الى زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عندهم لك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يملك بما سمي من المال بمقابله لان الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة

دون مجموع العنتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها في الذكركهناك والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف و كل ذلك يتعلق بالدوام أى كل ما سر من قوله الامقبوض بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانته لمقه بالدوام بالنظر الى المقصود قطا هرقانه لو تمكن من الاسترداد رعا به الرهن والدين جيعا فيقوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يملك بما سمي من المال بمقابله) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يملك بالاقبل من قيمته ومما سمي له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يملك بما سمي من المال بمقابله هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذا اظهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمي له من القرض يمشى أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالخلق أن يقال في البيان

ولانه في الدرك موجودا لا اشتراك في الحاجة أوجب بأن المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أى الوجوب بعد الحكم رد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالا على فصول الاستروشي (قوله لان احتمال اقامة البائع اليئنه على النتائج والتلقى من جهة المستحق قائم) أقول واما اذا قضى القاضى بقبض العجز وانفسخ العقد (قوله والا قرب احتمال اجازة للمستحق البيع)

وقوله (لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي الذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض إيفاء ما وعده وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالهقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر الرجاء المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان الاستبدال في ماسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كماله كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا الاستبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال في ماسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار بالباطل فبقى قبضا بذاته (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افتقر قايلا لهلك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم والمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمة (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا بالمبيع له أن يحبس لانه لا يملك المبيع لان الثمن بدله

هذا إذا ساوى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيملك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يهلك بما سمي له من القرض في صورة الاطلا لاجريا

يصير قابضا بالهلاك وكان بعد انفراق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمة وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس لانه ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كماله كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فله بالدنانير رهنا ثم أبرأ المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك رأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

(قوله وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاصول وضمن المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر الرجاء المسمى) أقول لانه انما البيع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم اليه وبأخذ رأس المال لأن قبض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك
 الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم نقبلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترد رأس المال فكذلك
 ههنا وهذا لأن الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل فمعه رب السلم اشغلت بمالية
 الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم
 اليه رد الطعام أحب بأننا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بمالية الاشياء بالنقد وليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره
 بهما تيسرا فلا يقتضى التحجر على التقدير بغيرها ولا يجعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهم ما تقدر بالمالية بالطعام
 تحقيقة الغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره فعد ههنا كما اشغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ماله على المسلم اليه من
 جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتصقا فصايل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متفرقة لما مر آفاقها
 لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى غنمه أن يحبس) يعنى أدى غنمه ثم أراد فسخه للمشتري أن
 يحبس العبد لاستيفاء الثمن لأن العبد ههنا بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء غنمه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك
 بقمته قال (ولا يجوز رهن الخرو والمدرالخ) كلامه واضح وقوله (وفيام المانع في الباقي) يعنى حق

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبد اشراء فاسدا وأدى غنمه له أن يحبس ليس متوفى
 الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الخرو والمدر والمكاتب
 وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت بالاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في
 الخرو وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
 لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجنابة خطأ لان استيفاء الارض من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن
 بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المدينون) لانه غير مضمون
 على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة الناجحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه
 لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز السلم أن يرهن خرا أو يرتنه من مسلم أو ذى) لتعذر الايفاء والاستيفاء
 في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمر مضمون عليه للذمى كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم
 يضمنه المسلم كما لا يضمنه بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم ائمال في حقهم ما المينة
 فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى
 عبدا ورهن بئنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخلل خرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون
 لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الحرية وله هذا الوطرات
 هذه التصرفات أبطلته
 فاذا كانت مقارنة منعه
 وقوله (ولا يجوز بالكفالة
 بالنفس) لمعنيين أحدهما
 ما ذكره في الكتاب أن
 استيفاء المكفول به من
 الرهن غير ممكن والثاني أن
 المكفول به غير مضمون
 في نفسه فانه لو هلك لم يجب
 شئ وهما جار يان في
 القصاص في النفس وما دونه
 وأما الورهن عن بدل الصلح
 فيهما فانه صحيح لان البدل
 مضمون بنفسه بخلاف
 ما اذا كانت الجنابة خطأ
 لان استيفاء الارض من
 الرهن ممكن ولو صالح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون
 يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سيدي لان
 كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

على عين ثم رهن بهار ههنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك بنفسه الصلح فكان كالبيع
 وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفع الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة
 وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ألا ترى أنها لو رفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر
 المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن
 البائع والمشتري لو اختلفا الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن
 ولو سيرورته مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم
 رد الطعام اذا الكلام فيه كالأخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره
 (قال المصنف لان الاستيفاء من الارض ممكن) أقول تأمل في صححه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارض ولو قال لان استيفاء
 الارض من الرهن لمكان عدم التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يسعد أن يدعى انطواء
 التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذا استيفاء فلو اوجب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يملك بالافضل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرناه قبض بمال مضمون ظاهر افكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رجه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرده شيئا لانهم لما تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقا في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسئلة

(٢٠٩)

الصلح عن انكار والمشايخ

قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب أن يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المصترين هلك بما فيه ويضمن الاب والصبي الصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهم ما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان وبصير للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب راهانا ومهرتها بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين

(وكذا اذا قتل عبدا ورهن بغيرته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بمصالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الابداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام الرهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تملك أمانة والوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابل في الحال وفي هذا نصب حافظ للماله ناجز مع بقاءه كما فوض الفرق (واذا جاز الرهن بصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده وبصير الاب) أو الوصي (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سطا المرتهن على بيعه لانه توكل بالبيع وهما على كانه قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وقوع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه صغير أو عبده تاجر لادين عليه جاز) لان الاب لو فور شفعته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينه من التيمم بحق التيمم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله) وكذلك لو سطا المرتهن على بيعه قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه توكل بالبيع وهما على كانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهن بدين عليه ما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسطا المرتهن على بيع ذلك العبد فينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد محكما

(٣٧ - نكته ثامن)

على ابنه الصغير فباخذ شأرا رهنا من متاعه فيكون راهانا من جهة ابنه ومهرتها لذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلا أن يجز - وزمن الاب أولى فساو رهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يجز

(قال المصنف ما وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن

وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا أنه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على (٢١٠)

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تتم في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء الحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة ثميرا لمال اليتيم فلا يجزى بد من الارتهان والرهن لانه ابقاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس لابن أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الاب يرجع به في مال الاب) لانه مضطرب فيه لحاجته الى احياء ماله كما فأسبه مع الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا يدينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل غنمه رهننا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لانهم ماعدا كان رهن مال الصبي بدين عاينهما ويعاين التوكيل ببيع ماله في أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليمهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب) قلت قوله الخاقاله بالاب علة للثني دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنه ما دللنا لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصى أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجدا بالاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالخفي في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم ما على الانفرد ملكا بدينه ما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهرا لا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء المركب من الاجزاء والاشجار مثلا ولا يطبق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطبق مقابلة كل واحد من أفراد العسكر على الانفرد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضهير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالان من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاق لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذلك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطرب فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

(قوله لادين عليه في الموضعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بفي كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

فان لا يقال بفي كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

بدن على نفسه ورهنا

ذلك بدن على الصغير وذلك
لأنه لما ملك أن يرهن بدن
كل واحد منهم ماعلى
الانفراد ملك بدنه ما لان
كل ما جاز أن يثبت لكل
واحد من أجزاء المركب
جاز أن يثبت لكل دون
العكس وقوله (كفعله
بنفسه) أى كفعل اليتيم
بنفسه وقوله (والحكم
فيه هذا) يعنى لو كان اليتيم
بالغافرهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن
يصير المرتهن مستوفيا
ولا يمكن أن يجعل صاحب
الدين مستوفيا لدينه باعتبار
يد السديون واذالم يسقط
الدين بهلاكه يرجع
المرتهن على الوصى بالدين
كما كان يرجع به قبل الرهن
ويرجع به الوصى على اليتيم
وقد ضاعت العين
من مال اليتيم لانه اذا
استعاره لحاجة اليتيم
وقوله (بضمه لحق المرتهن)
يعنى قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعنى قدر الزيادة
على الدين

(قوله جاز أن يثبت لكل)
أقول اذالم يمنع مانع كافي
الجمع بين الاختين وسائر
مالا يجوز الجمع بينهما
(قوله دون العكس) أقول
كما في الوكيلين والوصيين

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الوصى وكذلك الجدا ب الاب اذالم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصى متاعا لليتيم
في دين استعاره عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاغ في يد الوصى فانه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما تبينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي
(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
(ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لانه متعد
في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين
ان كان قد حصل (فان كان قيمته مثل الدين آداء الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجبه على اليتيم فالتقيافصاها (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى
المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن
أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)
لانه ضامن للمرتهن بتقويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لانه ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن
له ولاية الاخذ

معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة
من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما ماعاى الجماع بشئ من
ذلك السببين ولهذا سائر الشراح وصاحب الكافي تبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان
والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدن كل واحد منهم ماعلى الانفراد فكذلك بدنه ما ولم يزيدوا على
هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المسد كور بدون تلك الكلية لا يفيد
الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب
العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن
يثبت لكل بأن قال اذالم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا
التقسيم يخل بالمقام أما ولا فلان التعليل المسد كور لا يتم اثباتا للادعى حيث قد انعدم تحقق المانع
فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان يدين في نفسه لما احتج الى ذكر جوارز رهن الاب متاع الصغير بدنه
على نفسه وبدنه على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جوارز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلانه
لا يتم حيث قد قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذالم يمنع عنه مانع
سيما في الامور الهينة (قوله) وهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير
لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون
لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرار بالاستعمال في حاجة فانه متعد فيه
ولهذا يضمنه

وقوله (ياخذ بدينه) أي يأخذ المرتهن ماضنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله
لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنتم بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجاها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمغافيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٢) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا هلك في يده بضمه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان قد حصل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس
بتعديل هو عامل له وان كان لم يحصل يكون رهنًا عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ بدينه منه ويرجع
الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنتم بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان
اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه (وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاع فهو بمغافيه) قال رضى الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور له ما ناله لا وجهه إلى الاستيفاء بالوزن لمغافيه من
الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبارة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر
التضمين بتعذر النقض

يعنى عند أبي حنيفة
رحمه الله بملك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه وقوله
(ثم يملكه) يعنى الراهن
يملك الرهن الذي جعل
مكان الرهن الأول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الأصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا أن هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما إذا
تجوز به أي في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الأصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لأن التجوز إنما
يستعمل فيما إذا أخذ الردى
مكان الجيد ولأن جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
إلى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال
في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك
كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه لشيئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاع فهو بمغافيه) قال في العناية وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجاها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو ولا يخفى أن رواية القدوري ليست
بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما تحتاج إليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حكي يقال إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردى بمقابله
جيدة وأرى أن ما في النسخ حق ويقيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن
قبض الرهن ثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالردى والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا للطلب ما يضر ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولا يلزم تضمين
الإنسان ملك نفسه لنفسه وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع
الصغير لا احتياجاها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل

وقوله (قيل وهذه فربعة ما إذا الخ) انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمد بن يوسف قد رجع الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمد بن يوسف قد رجع الله في هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ما عليه من الدين والزئوفة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللا رهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرد الضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذلك في الرهن وعندهم هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المنزل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى لأنه وجد هذا الرهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد في قوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفكاك لأنه إن أجبر عليه فاما أن يكون

(٢١٣)

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لأنه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الارباق بالانكسار وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالا انكسار صار له عيبا فيحصل له حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفكك بموافقه أي بالدين

وقيل هذه فربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهلك ثم علم بالزئوفة لا تمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمد بن يوسف قد رجع الله في هذه مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها والزئوفة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمن ولو انكسر الارباق في الوجه الاول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفكك مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء الله تعالى ان شاء الله تعالى من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للرتن بالضممان وعند محمد ان شاء الله تعالى ان شاء الله تعالى بالدين اعتبار الحالة لا الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالايجاع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمن بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار غرام جانبي الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغاما قاله ذلك البعض كالايجني (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقفي أثره في هذا التفسير بجاعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وهو ما تكون رهنا عند المرتن ويعلق المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء الله تعالى ان شاء الله تعالى بالدين اعتبار الحالة لا الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفكك مع النقصان بقي أن يفكك مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالايجاع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفا بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لقوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للرتن وهو حكم جاهلي فكان التضمن بالقيمة أولى

(قال المصنف وقيل هذه فربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولية لتكون هذه فرعة تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرع أصل واحد قلت بين كيفية الفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حيث بدأ البناء يعني بناء على قول محمد كالايجني على أولى النهي الآن يقال المراد كونه بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الر بأورديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الأبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر للجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله بضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبي يوسف رحمه الله بضمن خمسة أسداس قيمته وملك خمسة أسداس الأبريق ويفرز سدسه حذرا (٣١٤) عن طريق الشيعيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند

محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهماين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن للرهن بدنه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة بضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف بضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الأبريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبي الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدرك كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمد أفهام مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمد مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بنافي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح هنا ويفصح عما ذكرنا من تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلك الزوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف بضمن مثل ما قبض وبأخذ مثل حقه وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسألة مبتدأة لان محمد مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والامانة قصصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فبقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الر بالخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجياد لا يذ ان بأنه لا يلزم الر بأ في خلاف الجنس وان ضمن بالجياد فليتامل فان مراده تعليل قبيح ضمان الجياد بكونه خلاف جنسه فان المرتمى على عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لتكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الاربع مضمونا لجودته وصفته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للنسبة لأن الجودة تابعة للوزن (٣١٥) لا تنفصل عنه وصفة الأمانة

في المهرين كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع وإذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على

الدرهمين وقع النقصان في الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كقولهم ينقص منه شيء وعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بمجدا فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم

بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها معا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نفع طول يعرف في موضعه من الميسر والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم لفصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى اقترعنا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار بعينه فيفسد ولو كان غائبا فخر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه ومارضى الابيه فيتحيز بفواته (الآن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان بدلا الاستيفاء ثبتت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملازمة أقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملازمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبارنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيناق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيناق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجبا للعقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا) وكان الكفيل غائبا حتى اقترعنا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعطيل بقوله للجهالة فاصرح عن اعادة تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعطيل نعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فانت معناه وهو الاستيناق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقى الاعتبار اربعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بخلاف جنسها) أقول لثلاثين انما يثبت بجنسه يملك المرتين عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذرا عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بالاخلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فاذ اصرح بهذا علم أن مراده الرهن

فصل في وجه الفصل كون (٢١٦) **الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد** قوله (وصار كالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه أتى بما ينبغي عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما ما يقضى بشئوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما دمه الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

فصل * ومن رهن عبدين بألف فقطى حصه أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصه كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مباغعة في حله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمي له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كافي المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فافاد معناه وهو الاستيناق لان المشتري بما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفلا غير ملى وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقدانتهى أقول وفيه قصورا أما أولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فافاد معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلان قوله في التعليل أو يعطى كفلا غير ملى ولا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري الكفالة رجلا ميا غائبا عن المجلس فكيف بقدر على أن يعطى كفلا غير ملى وبعد أن عين الملى والكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر

فصل * قال في العناية أخذ من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرتبة من في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتبة أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

في يد البائع) في أن المشتري اذا أدى حصه أحدهما من الثمن في البيع لا يمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كالورهن عبدين بألف كل عبده بخمسمائة ثم قضاة خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمي وجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (ألا يرى)

توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الاستدعاء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تنفرد في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبده بقدر على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجوز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تعليل

والهلا قبل القبض بطله فعدمه ما فقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

فصل * ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أرا الراهن أو المرتبة (قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أى وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يمكن المشتري من قبض حصه الثمن بتقده في الاول ويمكن الراهن بإداء حصه أحد الرهنيين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعد عقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تعليق والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو عكس من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافسكالك ينتهي حكم الرهن فلو عكس من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما إلى وهو ما ذكره بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ فإثبات الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرب به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضر ربه الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة نصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهيئة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصه كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة تلك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولاً فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الاجال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجال نعم هذه الصورة أيضاً فالأولى في دفع النقض بحالة الاجال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يتحمل كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجال اذ لم يوجد فيه شيء يتحملة فاذا تعين الحل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجال أيضاً تأمل

كما أن بالافسكالك ينتهي حكم الرهن فلو عكس من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن فيه فلو عكس من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما إلى وهو ما ذكره بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ فإثبات الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرب به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضر ربه الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة نصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهيئة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصه كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة تلك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولاً فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الاجال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجال نعم هذه الصورة أيضاً فالأولى في دفع النقض بحالة الاجال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يتحمل كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجال اذ لم يوجد فيه شيء يتحملة فاذا تعين الحل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجال أيضاً تأمل

(قوله فانه بالهلاك ينتهي)
أقول أى بالهلاك في
يد المرتهن (قوله فلو عكس
من استرداد) أقول أى
فلو عكس الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم تعرض لكونها ما شر يكين في الدين أو غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما راهم ودين الآخر ناني لان الكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رجهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالنصف على المناصفة والجواب أن (٢١٨) اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيد للملك كالهبة

والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليها الجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوخ فيه تحراز الجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

(قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منها وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالنصف على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليها الجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوخ فيه تحراز الجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور راسا بصححين في حق الهبة اذا تفرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوخ في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنين من واحد دارا جاز لانهما مسلما جازلة وهو قد قبضهما جازة فلا شيوخ وان وهب واحدا من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح لان هذه أشبهت بالجملة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كالأورهن من رجلين وله أن هذه الهبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمالا ولهذا وقفى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلامعنى انقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كالأينجي (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

وعلى

المراد ذلك (قال المصنف فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا اذا

كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ أو جب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضم الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع ضمن عندهم خلافا لهما كذا في شرح الزبلي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهن الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما إذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجعلها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يد واحد أو في يدهما فإن كان في يدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة أنه الأول فانه صريح

(٢١٩)

وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهنًا واحدًا فهو جائز الرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يسكه حتى يستوفي جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا لهذا وكله رهنًا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل ولا يقال أنه يكون رهنًا لهما كأنهما ارتهناهما معًا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلامهما أثبت بينته حبسا

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك ~~يكن~~ يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليه أقوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباق كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل) أقول هذا إذا لم يؤثر خاف أن كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبتته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا إذا كان الرهن في يدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي وإذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجعلها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يد واحد أو في يدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فإنه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى فإن كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٢٢٠)

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاثنى رجها الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أى على الراهن عند الاستحقاق يعنى اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق ضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء ثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة وتجدد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كافي حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تم اترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يضمنان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجهتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحد هما فان كان في يد أحد هما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن بقى الاخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أى بالقياس نأخذ وجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحرير المذكور فروع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحد هما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أى بالقياس نأخذ فان محمد انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لافي المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كمالا يخفى

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

وانما

﴿ باب الرهن بوضع على يد عدل ﴾

(قوله ورضيا يبيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا يبيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الخا كم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأثور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكا لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الأمر انما يصح اذا لاقى حقه مستحقا للأمر وبعبق الرهن لم يصرف القبض حقه حتى كان للراهن أن ينعه منه وأما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل (٢٢١) ولاتأثير لذلك لانهما

لوانفق على قبض الراهن لم يتم فكذلك الوانفق على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعبق الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرقه لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله

(لا يتقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يتقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الأمر الى القاضي أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

واغما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا علك أحدهما بطل حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجني عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجني (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استملكه المدفوع اليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاهما منه ويجعلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصل المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البذل والمبذل في ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيما آخر حيث قالوا رضى ما يبيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والافرضاهما يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا فلا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهم ما أو برأي القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة أي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع السدل والمبذل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبذله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقاني وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لطالبة نفسه الخصم الى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهم ما أو برأي القاضي عند العدل الاول أو عند غيره كذكر العلامة الزيلعي

لأن العين لو كان قائما في يده أخذه إذا أدى الدين فكذلك ما يقوم مقامه ولا جاع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر أن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الودعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار وأودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وإن استهلكه ضمن وإن كان العدل دفعه إلى المرتهن رهنا بأن قال هـ إذا رهنك خذ به بحقك واحبس به دينك رجع العدل عليه بشيئته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفعه إليه على وجه الضمان وقوله (وإذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أي أن (٢٢٢) عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لأنه)

أي عقد الوكالة (لازم بأصله فكذلك بوصفه) وهو الإطلاق لما ذكرناه صار حقا من حقوقه وقوله (لأن العقد) أي عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحقوق بيع ولد الرهن وحقوق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله (وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعني والرهن باق كما كان لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلا أن لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والأثر يجري فيما له) أي لأقما عليه ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وإن كان له دين على غيره ورثه وقوله (أجبر على بيعه) يعني بحبس أيا ما حتى يبيعه

لأن العين لو كانت قائمة في يده بأخذها إذا أدى الدين فكذلك بأخذها مقام مقامها ولا جاع فيه بين البذل والمبدل قال (وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه لو كبل ببيع ماله (وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم يعزل) لأنهما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل أتوا حقه وصار كالو كبل بالخصومة بطلب المدعي (ولو وكاله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والتسليم ثم نهاه عن البيع نسبة لم يعمل فيه) لأنه لازم بأصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا إذا عزله المرتهن لا يعزل لأنه لم يوكله وإنما وكاله غيره (وإن مات الراهن لم يعزل) لأن الرهن لا يبطل بعونه ولأنه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كبل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لأن العقد لا يبطل بموته ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجري فيها الأثر ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف إن وصى الوكيل بملك يبيعه لأن الوكالة لازمه فيملكه الوصي كالضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب ببيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والأثر يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الأرض الراهن) لأنه ملكه وما رضى يبيعه (وليس للراهن أن يبيعه الأرض المرتهن) لأن المرتهن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) الوجه الثاني وهو أن فيه إواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتولى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فالوكيل التوكيل مشروط في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقامه كان مقبوضا

الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول إن كان وجهه بعدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيه ما أبى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

فإن يلج بعد ما حبسه أيا ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة وإذا رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدون وقال آخرون يبيعه لأن جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآثر أن فيه إواء حقه وقوله (فيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول) ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (إن الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيهما (ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير) حيث قال فيه إذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الأصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لأنه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا

(وإذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالبية وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الجرم (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سبحانه وسوى ألفاظ (٣٣٣) وضمائر ونفوسها زيادة إيضاح

فقوله (وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابله دينه وقوله (وإن ضمن البائع) أي العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن بشئ وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أي بأداء الثمن إلى المرتهن وقوله (فله) أي للعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أي بطل قبض المرتهن وقوله (إنما أداء) أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليس للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أي بالثمن وقوله (لأن المقبوض سلم له) أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وإن شاء العدل رجع على المرتهن) أي وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداء إليه وقوله (فيرجع به) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقضى) أي على القاض (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه

وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالبية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتلته بعد دفعه بل أنه قائم مقام الأول لحاودما قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار أن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق أمانا أن يكون هالكا أو قائما في الوجه الأول المستحق بالخيار أن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فبين أنه باع ملك نفسه وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار أن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ به عليه فصار الثمن له وإنما أداء إليه على حساب أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدنه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم لشترى أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتمت له به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وإنما أداء ليس له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار أن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تحليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه يتعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار أن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لأنه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضى لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية وإلفظ فعل في عبارة الكتاب مبينا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن (قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار أن يضمنه غيره) أقول والظاهر أن يكون المستحق خيار تضمين المشتري أيضا لأنه متعدي بالأخذ والتسليم لكن لم يذكر

لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالتعصّب وتعصّب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلا كما مستوفيا وقوله (طعن أبي خازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المججمة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كاذ كرناه) يعني بقوله لان كل واحد منهم ما متعد في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أي الى الراهن (كأنه وكيل عنه) أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتيبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فسلان المرتهن غاصب في حق المستحق فإذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا فملك الراهن (٢٢٤) بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخر عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشك

إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلمدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتم قدر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار

متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايقاع (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فبعد حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتيبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي والحواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كاذ كرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتيبين أنه رهن ملك نفسه وقد طوّنا الكلام في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجعا الى القاضي وأما اذا كان مبنيا لانهول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كالأختي على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في بدغير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في بد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في بدغيره ظاهرا اكتفي بذكر الاول رومالاختصار

باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره متأخرا طبعاعن كونه رهنا آخره وضعها ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوّنا الكلام في كفاية) يتعلق المنتهى) قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينهما وبين مسألة الرهن وقيل يتمثل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره

التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعاعا آخره وضعها (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لان المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشك اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على ما يجوز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اذنه وسلمه ذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جائز موقوفاً كن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد زال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا وقضاء الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى يده لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عاروى عن أبي يوسف (٢٢٥) رحمه الله أنه ان شرط عند

الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كذا ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه) أي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله (لما ذكرنا) يعني لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باع الراهن الخ) يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن بتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن لبيع فأيهما اجاز المرتهن وسلمه اليه نفذ وأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقه به (فان اجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاء الراهن دينه جاز أيضاً) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاله في المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى يده هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبديل له حكم البديل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقههم الى البديل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في روايته حتى لو افتدك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانقضاء هذا العقد ففي موقوف فان شاء المشتري صبر حتى يفتدك الراهن الرهن اذ يجوز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي والقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني (ولو باع الراهن ثم أجزأ وذهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع الموهون فاسد وفي موضع قال جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اذنه وسلمه كذا في العناية وغيرهما من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغارو ونوعية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض عما اذا اعتق الراهن عدم الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم تعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتراف بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة مسئلة الاعتراف من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

(٢٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود بالاقصة المذكورة فانه باجازتها

يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقاً و يصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل بأجزائه إلى غيره فإن كان البديل عما تعلق به حقه
تعلق به حقه وإن كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن فأنشأ وأجزأه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من
العقد الثاني لتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه وإذا أجزأه بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجزأه هذه العقود جازا البيع الأول
وسمى أو لا لوقوعه قبلها لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كافي الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه
كافي الاجارة فإنه فيما بدل عن المنفعة وحقه في مال الهبة العين دون المنفعة وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا
لحقه فنفذ البيع الأول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق
الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعي رحمه الله أقوال شمول
التفويض وعده والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن - فلا يجوز كالببيع بل أولى لأنه أسرع
نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب (٢٣٦) دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه لتعلق فائدة به
أما لاحق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مال الهبة العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق
قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المقتق معسرا
لأن في تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض
أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتناق المستأجر لأن الاجارة تبقى مدتها إذا
الحري قبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلوغو تصرفه بعدم اذن
المرتهن - كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابن أو الموصوب ولا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضى وعارض الرهن لا يني عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه بزول ملك
المرتهن - في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشتري بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على
التسليم واعتناق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلوغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة
القدرة على التسليم نذر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن يد
المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتصر إلى الملك يقتصر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع
الابن والمستأجر والاعتاق لا يقتصر إليهم لا بدليل نفاذ اعتاق الابن كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه
صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق إذا فاسد
ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضوي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد
انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لأنه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو اتني
القدرة على تسليمه بالوكالة والمنق في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

ذلك صح كما إذا أعتق العبد
المشتري قبل القبض أو
الابن أو الموصوب فإنها
تشترك المرهون في فوات
يد المالك وفي انتفاء القدرة
على التسليم ان باع فكان
المقتضى متحققا والمانع
متنفذا فثبت الحكم
أما تحقق المقتضى فلا أنه
تصرف صدر عن أهله
ولا نزاع فيه مضاف إلى
محله لأنه لا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضيه
وهو السبب الموجب لملكه
قبل الرهن وأما انتفاء
المانع فلا أن عارض النهي
لا يني عن زواله لأن موجب
عقد الرهن اما ثبت يد
الاستيفاء للمرتهن كما هو
عندنا أو هو حق البيع كما
هو مذهب الخصم على

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزول ملك العين فيمضي العين على ما كان على ملك الراهن وإذا كان باقيا على ملكه وقد
أزاله بالاعتناق صح وبزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشر يكتن نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشر يكتن صحة العتق فلا أن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى فإن قيل ليس المانع مختصرا
فيما يزول الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن
انما يصلح مانعا في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بموجب في الاعتناق فلا يصلح
مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما عتق به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض
أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ خلق الموصي له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه
أن ذلك لا يلوغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لأنه يعتق في الحال

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ إلى قوله وليس ذلك بموجب في الاعتناق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتناق لا يقبل الرد والفسخ
فكذا التوقف بخلاف ما قيل تأمل

وقوله (واذا نفذ الاعتاق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لقوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما نذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (تذكره) يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاء الامنة المرهونة وقوله (وعندهما التكيلة) يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية فاذا أداها كمل العتق وقوله (الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن يتقلب حقه ملكاً) يعني أن الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالكية وباقي كلامه واضح قال (ولودبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا بر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع حقه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلا نه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا هما) يعني التدبير والاستيلاء (خرجا) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لقوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طوبأ بأداء الدين) لانه لو طوبأ بأداء القيمة تنقح المناصبة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاء بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرًا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانها لا تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعنى يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فسيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما سعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكيلة وهما يسعي في ضمان على غيره بعد تمام اعتماقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي المسار والعسر وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للمشتري الساكن فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهر النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعي للبائع الرواية عن أبي يوسف والمرهون يسعي لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاغارة من المشتري والمرتهن يتقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالاغارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلما أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنك عند فلان وكذب العبد ثم اعتقه تجب السعاية) عندنا خلافاً للزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال عتقه التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولودبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصبح بأدنى الحقين وهو مال الأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا هما من الرهن) لبطلان المحلية اذا أصبح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق (وان كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعنى حيث يسعي في الأقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يراد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تازمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدياه من مال المولى والمعنى يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعي المدبر في قيمته قناله عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلاً فيتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ واحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كافي البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية وهو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما واقتنى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما

وقوله والواجب على هذا المستهلك في الاجنبي وقيد ذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله (كانها هلكت بأفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئاً وأوجب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك (٣٢٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فباخذ القيمة وتكون رهناً في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذلك في استرداده مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفسك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه بتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه ألتف ملك الغير (وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل برده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً واجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لغوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسرده الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد

لواستهلك الراهن الرهن لفظ القدروري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً ضمن قيمته ما ليس بلفظ القدروري في مختصره وليس عند كورفي البداية أصلاً بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفرعاً على مسئلة مختصر القدروري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتابه آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقيق عبارة المتن على تحقيق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان الدين حالاً طولب بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لانه أيضاً لفظ القدروري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدروري والبدية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالاً طولب بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم القيسل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً واجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

عند القتل بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تملك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعبر أطلق الاعارة وقوله (لنفاة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجب وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو متحقق وذلك لان الضمان واجب اذا كان يد المرتهن بعد الاعارة يد المرتهن وبه اذ كان يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن بغيره من لزوم عقد الرهن

(قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع

السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلمه بلوحه انتفاع هذا الاشكال

وأزلنا الضمان لقوات القبض الموجبه وهو محسوس لا يرد ولو جاز ان نقول ان الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كافي ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لنا فافهم بين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبي (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن (٢٢٩) يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت مستعارة مالو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده وان كان هو المرتهن وجسد القبض للاجارة أو أجنبيا مباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجارة للراهن وولاية القبض للعاقدة ولا يعود رهنها الا بالاستئذان وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي مباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما ينشأ) يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا بالرهنة فالعبر اما أن يطلق في ذلك أو يقيد بشئ فان كان الاول فخارنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير بآثبات ملك اليد فيعتبر بآثبات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذ بقي عقد الرهن فاذا أخذ عا الضمان لانه عا القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرد رهنه كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمة (ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فان شئ الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما ينشأ (ومن استعار من غيره ثوبا بالرهنة فخارنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع بآثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بآثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعمته في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقض بان تراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقصد رده وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استسكاله بشئ فانه يصح بقبول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذا لاشك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك ينقرر الضمان ولما كان الاعتبار بوقت القبض ألفا ثم انتقصت منها خسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا بحالة مقدار تمام الالف خسمائة منه بالاتلاف وخسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثر في سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله) وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا (يشير بقوله لما قلنا الى قوله لنا فافهم بين يد العارية ويد الرهن) قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكانه لم يرهما في شاء فلما رجعا (قوله) وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمة) قال الشراح وحكم الوديعة حكم العارية وحكم الرهن حكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة حكم العارية بان قال اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جعابان استأذن أن يقضي دينه عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن فتأمل فانه ممنوع (قوله) وحكم الوديعة حكم العارية) أقول اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضبي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبايع بشرط الخيل فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للرهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهالة فيها لاتنقض الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما إذا أعارت أو أطلق وان كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لصيرورته غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدؤه ان احتاج الى فكها كه وهو أقل المالكين فالزيادة ضرورة بقي النقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالكين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وبفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لأمثل (٢٣٠)

قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بينه عماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فاما لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للرهن يدل على أن المراد بانفصال ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً ثبوت ملك البدن لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوالاً

ويجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً للرهن كما ينفصل زوالاً في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة لان الجهالة فيها لاتنقض الى المنازعة (ولو عين قدر الا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقيد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أدؤه وينفي النقصان أيضاً لان غرضه أن يصير مستوفياً لأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقيد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامناً ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن عما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمر به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فملك عند المرتهن يبطل المالك عن الراهن) لتام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضياً بينه عماله بهذا القدر وهو الموجب الرجوع دون القبض بذاته لانه رضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للرهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للرهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا ودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الأيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالأيداع للنافاة بين يد الوديعه ويد الراهن لكون أحدهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكر في المناقاة بين يدى العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالبة فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحثيثة كما تبين في بابيه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقي الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للرهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراً عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلطات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بن عبد الله في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

أن يبقى ملك البدن يزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تعميم عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نخر الاسلام البرذوي ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبراً من المرتهن لامن الراهن لان الراهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكل الدين افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبر ان يعني جبراً ان لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا للدلية كما في قوله تعالى لا تخزي نفسك عن نفس شيئاً وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا غبار اذا بصير المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبديلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارده على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيها إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعده الافتكالك فالقول قول الراهن لما ذكره والينة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفسك فقد أقرب بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٢٣١) الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه

وهو الفسكالك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراءه على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاولان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتن على الدفع (بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لأنه متبرع اذ هو لا يسمى في تخليص ملكه ولا في تقرير ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصح رقا ضامها هذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايقاع بدعواه الهالك في هاتين الحالتين (كلوا اختلفا في مقدار ما أمر به بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار روصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به لقرضه كذا فلهلك في يد المرتن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن بماله لأن سلامة مالية الرهن باسبغائه من المرتن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتن بالخيار ان شاء يرجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه

شمس الآفة السرخسى وغير الاسلام البرزوى وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تحكيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراً عن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقر بصاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتن أن يمنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واعلم من الجبران يعني جبراً بالمساوات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولاً فلا نل ما اختاره من المعنى لا ينشئ فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم محي أو أنه حتى يكون افتكالك المعير الرهن هنالك بقضاء دين الراهن جبراً بالمساوات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخله في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نل ما يسمي في المعربة جبراً عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلة النظر إلى المرتن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكامة عن متعلق الآن يصار إلى تقدير المسائل فجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق بكلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وهو هنا قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه إلى قوله وليس بوارده على المصنف) أقول قال الامام الزهلبى بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايقاع بعض الدين فكان مضطراً وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع

فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا الان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله لا لمرتن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنخلى هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما مناص عبارة الكفاية والكاكى فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايقاع جميع الدين فلم يكن متبرعاً قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايقاع الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايقاع انتهى فتأمل فان لكلام محالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للسكر ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون السكر معيراً أو مستعيراً

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة لرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سمي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكأنه فليس ثمة تحصيل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ذلك عليه هذه

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة لرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنها بما فاته كان أميناً خاف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا اقتسك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بنفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تغيبت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال الميراث مرض الموت منع نفاذ نبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمة منه إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

رجع على الراهن عما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الإيضاح وقتنا في ضايقنا فان عجز الراهن عن الاقتسك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه إذا كانت قيمة الرهن أقل فاهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك إذا اقتسك كان متبرعا بالزيادة انتهى واقفي أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس يوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن عما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعوم ولا في التقييد والإطلاق الأبري أن كلية الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فأن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد مقدماتها المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه إذا اقتسك بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا أو باعتبار الاضرار ثبت له حق الرجوع فكيف يتنوع الرجوع مع بقاء الاضرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله اذ المرتهن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذه أوقع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتباره إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الاية انتهت وقد تبعه في ذكر هذه السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بعاليته وقد أتلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بعاليته الرهن دون رقبته

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الرهن هدر (فلا تهاجناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً عليه وذلك باطل وفوقه بالغصوب إذا جنى على ماله المصوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجناية الموجهة للقصاص فإن المستحق به ماله والمولى أجنى عنه بوضحه أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجهة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وإقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مالك العين وحصولها

(٢٣٣)

غير مالك العين وحصولها على غير مالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنى آخر فإن قيل ماليته محتسبة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين فإن إبقائه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان وقوله (ودفعه) فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في محبته أو التغلب سماء دافعاً وشاء (وله أن

ليشترى به عبيد يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال (وجناية الرهن على الرهن والمرتهن وعلى ماله هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجانيه على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلا تهاجناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المصوب على المصوب منه لأن الملك عند أدائه الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية إلى المرتهن وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفسد وجوب الضمان له منع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلا تهاجناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الرهن هدر فلا تهاجناية المملوك على المالك واتفق أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندنا لإحجام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور وإذا نصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمنا فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى في قول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لأنه لا علة لنفس المسئلة وهو فاسد قطعاً (قوله ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعه فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع

(٣٠ - تكمله ثامن)

هذه الجناية لو اعتبرها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه (لكونه مخاطباً بالدفع أو القداء كالرهن فكان حكم الدفع أو القداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفاً أو تلف متاع المرتهن فقال للرهن أماناً تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فإن امتنع عن القضاء يبيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فإن بقي شيء من الثمن أخذ الرهن نصفه والمرتهن نصفه لأنه بدل عبد نصفه وأمانة ونصفه مضمون وبدل الأمانة للرهن وبدل المضمون للمرتهن وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكلة (قوله أماناً أن يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأني عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كل الجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلًا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لألف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنًا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك والباقي ظاهر (٣٣٤) واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمن قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به أو قوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بحاله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رحمه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعة مائة قياسا على

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كل الجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بألف الى أجل فنقص في السعر فزجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزرفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بقوات جزم منه بتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يبدد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونًا بكل الدين فاذا قتله خر غرم قيمته مائة لانه يعتبر بقيته يوم الاتفاق في ضمان الاتفاق لان الجبار يقدر الفات وأخذ المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلًا بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذلك فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر بقيته كانت في الابتداء أو انقاضي مستوفيا لكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لألف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا لكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان امرأه الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه فيرجع بتسعة مائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين لا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بحاله وقال زفر يصير رهنًا بمائة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخاف بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحجبنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعًا ونهائًا انتهى أقول لاصحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأريد به في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كافي قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسعة مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجود هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أي أصل جزم هذه المسئلة لأصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف فقولك أن نقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخيير (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير تأنويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب المذكور والافاء لهلاك مقدم (قال المصنف وان قتله عبد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره ثلاثين لم التكرار

وقوله (الحماودما) يعنى صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فسلان القاتل كالمقتول فى الأثمة والشرع اعتبره جزأ من حدث الأثمة دون المالمية ألا ترى الى استواءهم فى حق القصاص فكذا فى حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب فى يد الغاصب) يعنى اذا قتلهم ما عمد ودفع مكانه فان المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفى الغصب يتخير (٢٣٥)

لما ودعا ولو كان الاول قائما وانقص السعر لا يسقط شيء من الدين عند الماذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولحمد في الخيار أن المرهون تغفر في ضمان المرتهن فخير الراهن كل بيع اذا قتل قبل القبض والمغضوب اذا قتل في يد الغاصب بخير المشتري والمغضوب منه كذا هذا ولهم أن التغريم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لما ودعا كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تقليبه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن تملكه ناداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائه ثم قتله عبدا يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل بقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبقى المرتهن أن يفدى قبل الرهن ادفع العبد وأوفده بالدية) لأن الملك في الرقبة قائم له وانما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء بطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمه التخير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك إن فدى)

التراجع ولا تكرار غمة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجناية على المرحوم) يعني إذا كانت القيمة والدين سواء أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وإنما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه

وقوله (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني وإذا كان على المرتهن وقد آذاه الرهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية وللمرتهن على الرهن دين فالتقيافصا فافسالم الرهن للرهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لأنه يسعى في تخليص ملكه كعبر الرهن وقوله (وحق ولي الجناية) بالجزم معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم دين العبد على حق المولى وإذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فإن المرتهن - من يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لأن دين العبد مقدم على (٣٣٦) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتصافي قوله وحق ولي الجناية

لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك ما لا حيث يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المهرهون ما لا يستغرق قيمته فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كافي الفداء وإن أبي قيل للرهن بعه في الدين الآن بخلاف أن يؤدي عنه فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وإن لم يؤدي بيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

بالنصب أو بالرفع عطا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى - لأن يقدم على حق المرتهن أولى لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدرى بذلك في شرحه وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المهرهون أو لا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المهرهون ما لا وهذا كله يدل على أن

فباعه عبائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه ففسكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار إن شاء افتك بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وإن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المهرهون الذي نقص في السعة فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المهرهون المذكور في ضمن العبد المهرهون المقيد بنقصان سعته في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف هنا بقوله ولو كان تراجع سعته الخ عن شأبة التكرار وإما رجع الضمير في المعطوف إلى العبد المهرهون المقيد بعدم تراجع سعته فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للصير إليه تبصرت رشده (قوله لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجزم أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا حتى أنه لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أي لتقدم حق العبد على حق المولى فإذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق (فإن) ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لأن المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة تقدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فإنه تأخير ضرورة لكنه تقدم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجزم معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطفا على دين العبد أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالة على التقدم على حق ولي الجناية بحث فإنه كما يقال للمولى في الاستهلاك لا بيع أو أود المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو أود (قوله فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لأن المولى يخاطب فيه بدفع عين العبد عليك بامعان النظر

(فان فضل شيء دين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استخفت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد دخل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان غن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت في تأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بقبوله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما أفدياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضا به (فان تشا حاق القول لمن قال أنا أفدى رهنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جنابة ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبقى المرتهن أن يفدى وفداء الراهن فانه يحسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأنه لأملك التلميح وقوله (فان تشا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جنابة ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمع على الدفع دفعه) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعه ولا يقال المراد رضا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب

لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجنابة يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتنى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولي الجنابة بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجنابة أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير نصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مرنا نفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرهون أو لا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قيل خطأ فضمن الجنابة على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجاني في دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولي الجنابة حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجنابة وفي المسئلة قدم حق ولي الجنابة ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه منافضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشبهه على النطن تحقق تقدم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجنابة في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أو لا الى ولي الجنابة الا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجنابة أو لا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من غن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة النقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعد بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

﴿فصل﴾ هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكري في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفككه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند

(٢٣٨)

حنيفة وأبي يوسف وعند

إذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزياطي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العدم منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فإذا فداء من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامته بالبالفداء فكان مضطرا

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فإذا أدامه الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قاصدا بدنه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر وجههم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الاجنبي وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداء المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه) لان القاضي نصب ناظر لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي يؤدي باعليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فله الرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخرين أن يردوه) لانه أثر بعض الغرماء بالانقضاء الحكمي فأشبهه الاشارة بالانقضاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن لبيت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالانقضاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين لبيت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو عليك قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) أن لا ينتظم المعنى اللهم الآن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسئله متباينة للسئلة الاولى مقابلتها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل الخ مجرد الترتيب الذي كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استندرا كما لما فات

لان

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه يراد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخفى خلاص عنه عن الاشكال

﴿فصل﴾ ومن رهن عصيرا (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمتها عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ) أقول قال الزياطي يشير الى أن المعترف به في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل الاعتبار فيه القدر لان العصور والخل من المقدرات لانه امام مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كافي انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجتماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والافلا انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بالجر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض لم يبطل عقده فكذلك في الرهن ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبالبال هذا يختلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصور المرهون اذا تمخر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالهكس فان كانا كافرين فالرهن بماله يتخلل أو لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان يتخلل فكذلك واليه بلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليصه لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها مكتبة بالتخلل فصار كخصائص الرهن من الجنابة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والنجس لم يستعمل بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لى لانها محل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة النجس لا تعدل المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليصه فان تخللها ضمن قيمتها يوم خلتها لانه صار غاصبا يصنع كالو غصب جرذ في خلتها فالتخلل له وتوقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليص من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها ن درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٣٩)

قال (وعناء الرهن للراهن الخ)

الاصول ان الاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد اذا كانت سالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ لا لازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبنة ومبدرة وانما فسرنا بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيها وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محله بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض بقي العقد الا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فانت قد بدع جلدتها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض قد بدع جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمستقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (وعناء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيماسبق) وقوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيها وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محله بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

لثلاث ترد كقالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والزاكاة بعد كمال الحول كذلك فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات ولثلاث لا ترد ولد الجنابة فان من عليه يتفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتهن الاحكام الاوصاف لثلاث لا ترد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان ما ل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى النجس مع حالها والاولى أن يجاب بان النجس قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان مسلم عصيرا فتمخر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرع لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء انتهى عن الاقتراب والاعتراض ولا وجه لذلك في البقاء فليتأمل (قوله وانما ليس بمحل) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجنابة بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي لازم (قوله فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لثلاث لا ترد الخ يعني لافي جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملة ما تأمل أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانهم لا يشترطان في عين الامهات لكون كل منهما مقصدا على المنفعة (قوله ولثلاث لا ترد ولد الجنابة فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله يتفرد بالابطال) أقول أي بابطال الجنابة عن الام بالتزامها في ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا فاراد لا يرد نقضا لعدم ثبوت الام

وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغرض حق ولم يتحقق في الولد وإذا ظهر هذا علم أن غناء الرهن كالبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له ففي الأصل وصفان لازمان الملك وكونه رهناً فيفسر بان إلى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لأن الاتباع لا يقطع لها بما يقابل بالأصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الأصل (٢٤٠) وبقي الغناء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم

القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة الغناء يوم الفكاك لأنه انحصار مضموناته ولو هلك قبله هلك مجازاً والتبع يقابله شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصوداً بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فما حلت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لأنه أُلغى باذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أُلغى بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة وكذا الوفاء الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

والثمر والبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه (فان هلك بغير شيء) لان الاتباع لا يقطع لها بما يقابل بالأصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الأصل وبقي الغناء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة الغناء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذ بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتعامه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمة عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط وانظر لانها اطلاق وليس بتعليق فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أُلغى باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذ المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليم من قبله فصار كان الراهن أخذته وأُلغى فكان مضموناً عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع الغناء الذي يحدث على هذا القياس

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلافاً في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية لقائل أن يقول ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا يختلف عن ذلك الأصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلهذا يختلف عن ذلك الأصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ لقائل أن يعودو بقوله لو كان يتبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون البيع هالكاً انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا لقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلّف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية إلى الخيرية معجهاً لها وقال والاولى أن يجاب بان المخرق قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصيراً فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

قال

رقوله وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً (الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لاحتماله (قوله وقيمة الغناء يوم الفكاك لأنه انحصار مضموناته) أقول الضمير في به راجع إلى الفكاك (قوله اذا صار مقصوداً بالقبض) أقول اذا مات الام

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الاول رهناً بالعشرة جاز عند علماء ثنائهم الله والزيادة على الدين (٢٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي

لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً والخلاف معهم في الرهن والثمن والمن والمهر والمن والمهر والمنسكوحة وهو أن يزوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمته أخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكروا في الاسرار وطريقة البرعز وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حماد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنسكوحة أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أم لا وقال زوجته هذه الأمة الأخرى بذلك المهر رزم أن يصح وقوله (الآثر أنه لو رهن عبداً بمخمسائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) افساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد انما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهم في الرهن والثمن والمن والمهر والمنسكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا يبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجلة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن لأن الآثر أنه لو رهن عبداً بمخمسائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شيعي في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداءً وبقاءً والعقد شرعت لأحكامها وإنما لم يكن محللاً للعقد ابتداءً للتمسك عن الاقتراب والاعتقار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتمل انتهى إلى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محللاً للبيع يكون محللاً للرهن وانما لم يكن محللاً للبيع ابتداءً فهو محلل بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإما معنى كون الخ محللاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا تسلك أن القول بان الخ قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداءً وبقاءً لا يدفع السؤال المنزور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخ لم يكن محللاً للبيع ابتداءً فهو محلل بقاء بل يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محللاً للبيع يكون محللاً للرهن والخ قابل لحكم البيع ابتداءً وبقاءً فكذلك في الرهن وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محللاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محللاً للرهن فإن حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للرهن لا غير كما تقرر فيما مضى (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أننا ذكر دليلهما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجلة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في إنشاء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيره وأما الساعت على تقيد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فثبت على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣١ - نكمله ثامن) قال المصنف وتجاوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائزاً جامعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافاً في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فانه ليس فيه لفظ التزويج

في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف غناء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولت المرهونة ولدا) يعني إذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد وهنا وهو أيضا يساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهننا مع الولد دون الأم فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم (٣٤٣) قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أنسلا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيتهم ما في وقت الاعتبار وهذا إن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولت المرهونة ولدا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنه ساكن الأول فالأول رهن حتى يرد إلى الراهن والمسترهن في الآخر أمين حتى يجعله مسكنا الأول) لأن الأول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنه ما رضى بالدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يرد المرتهن على الثاني بدأمانة ويد الرهن بدأستيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جيات فاستوفى زيو فأنظره اجبا دأثم علم بالزيادة وطالبه بالجيات وأخذها فان الجيات أمانة في يده ما لم يرد الزيو فويجبد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض رد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين (ولو أقر المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استعسانا) خلافا لفرلان الرهن مضمون بالدين أو يجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالأبراء والهبة

فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد دخلا في حصة الأم خاصة فان مات الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة غناء فيها لان هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولولا ذلك معها قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان غنام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لفرلان رحمه الله) هو يقول ان الضمان في

يكون الدين الذي يزيد يتجدد اعادة ما عوجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والحواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وإن كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان الالتحاق بالأصل فإن الالتحاق فرع التحقق فالهـذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الأبراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا ولا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو يجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالأبراء أي بسببه

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنه ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنه ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لان ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالنفي كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك اظهروا أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فلتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير إلى المخلق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالأبراء) أقول لفظ الأبراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أول توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد البراءة فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لا تنفاه ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر التوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لثلاث تكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان (٢٤٣) باقيا أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله (لانه) يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال نمة المحيل تبرأ بالحالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى البراءة فيهلك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أي بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعني المحال عليه (بمزالة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك أمانة

ولاجهته لسقوطه الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لا تنفاه ولاية المنع (وكذا اذا اذنت المرأة رهنها بالصداق فأبرأته أو وهبته أو أرتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلفت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في البراء ولو استوفى المرتهن الدين باقيا الراهن أو باقيا متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف البراء ووجه الفرق أن بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي والاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة باقيا الراهن أو باقيا متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقدم في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين باقيا الراهن أو باقيا متطوع وتكرره مؤداه الى الباطل كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول أيضا (قوله بالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشرط والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعي قال في الكافي ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاستيعابي أنهم اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لاهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلا كما مضمونا في صورتين كما لا يخفى

ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمن الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من غمة إلى همتا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية

كتاب الجنائيات

ذكر الجنائيات عقب الرهن لان (٢٤٤) الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس

فكان مقدما عليها ومحاسن أجزئتها بحاسن الحدود والجنابة في اللغة اسم لما يكتسب من الشرسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام لأنه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء والله أعلم

كتاب الجنائيات

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) (قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من غمة إلى همتا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مسأغ عندي لأن يكون قوله همتا بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى لأن المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المترهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله همتا بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنائيات

أورد الجنائيات عقب الرهن لان كل واحد منهما الوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس الأبرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنائيات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فأنما محظورة لأنها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات إنما هو أحكام الجنائيات دون أنفسها ولا شأن أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلامعنى لتأخيرها من هذه الحيفية ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شرتكسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرا جنابة وهو عام في كل ما يقع ويسوء لأنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وهذا الانحصار يعرف أيضاً تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بحصول سلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً ما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانياً فلأن قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثاً فلأن قوله وان لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

قطعاً وجرحاً وسببها سبب الحدود وشرطها كون المهل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان اربن خمسة أوجه وذلك لانا قد استقر بنا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

(قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف

والمراد

الإبراء) أقول قال الاتصافي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم

كتاب الجنائيات

(قوله والجنابة في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدري بالجنابة لكان أنسب وجعها بجمع الطهارات

كان به قصد القتل أولا فان

كان فهو العمد وان لم

يكن فهو الخطأ وان لم يكن

بسلاح فلا يخلو اما أن

كان معه قصد التأديب

والضرب أولا فان كان فهو

شبه العمد وان لم يكن فلا

يخلو اما أن كان جاريا

بمجرى الخطأ أم لا فان كان

فهو هو وان لم يكن فهو

القتل بالسبب وبهذا

الاختصار تعرف أيضا

تفسير كل واحد منها

وضعه وركا كته ظاهرا

وقوله (أو ما جرى مجرى

السلاح) يعني في طريق

الاجزاء كالخشب

وأليطة القصب وهي قشره

وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل

بسلاح) أقول أو ما جرى

مجراه (قوله وان لم يكن

فهو الخطأ) أقول قد يكون

القتل الخطأ بغير سلاح كما

إذا رمى صيدا بحجر أو خشبة

فأصاب رجلا فقتله (قوله

فان كان فهو شبه العمد)

أقول شبه العمد لا يلزم أن

يكون على قصد التأديب

بل قد يكون على قصد

القتل وجوابه أن ذلك

بالنظر إلى الآلة (قوله فان

كان فهو هو) أقول هذا

تعريف الشيء بنفسه ظاهرا

(قال المصنف فالعمد ما تعمد

ضربه) أقول أي ضرب

المقتول فيخرج العمد فيما

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح كالخشب من الخشب وأليطة القصب والمرودة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكون جاريا بمجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أن أقادس مقر ينافي وجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهرا من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال بجمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة قتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وتطير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعناق والحج والعمره وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما فالتواظف انظر اذا الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه فان ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمدان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح ويكون شبه عمدان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما جرى مجرى السلاح ويكون خطأ أن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لان نفس هذه الأوجه الخمسة فلامعنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لان نفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغالا لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمد لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتل الام وولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا المرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعبريات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكره من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها باحقيق قد خولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنائيات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا تعمد أن يضرب بدرجل فأخطأ فأصاب دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علقها بتبنا وما باردا اذا الواقع في صورة النار هو اللقاص فيها لا الضرب بها

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآبية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقاد إجماع الأمة

عنى ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورد أنه لم يتمد في الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعدى ضرب يده مع أنه جعل ضرب به القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذرى شخصاً بسهم أو ضرب به بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حراً فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطأ في القصد وكما اذرى غرضاً بالآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه فاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقاً ففيما اذرى غرضاً فأصاب آدمياً يمكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لاستعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمحل راجع إلى التنبه والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتنون القتل العمد ضرب به قصداً بما يفرق الأجزاء كسلاح ومعدن خشب أو حجر أو ليطه أو نار وجهه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيد قصداً اذا تداخل لغو العدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضرب به بما يفرق الأجزاء فيكون ذلك كرهه بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد ما تعدى ضرب به وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها الآبية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان إيجاب القتل العمد لما ثم والقود نعم المسلم والذي لم يسمي ممن أن المسلم بقاد بالذي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينقل عن لزوم المأثم والآبية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الآن يقال الآبية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها الآن أنها تفيد المأثم في قتل الذي عمداً أيضاً بدلالة البناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر إلى التكليف أو الدار كإساق في تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يتخذ في النار وان ارتكب كبيرة ولم يبق فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل بدلالة خالداً فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآبية فلنا أن المسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخالود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولتسلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً فالآبية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق المأثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتفاقى قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهراً الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوى انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الآبية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم أى موجب القتل العمد الاثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجب وجبه والحديث مشهور ولان الجنائية بها أى بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أى لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقر برحمته أن العمدية تتكامل بها الجنائية وكل ما تتكامل به الجنائية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقررها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعنى القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفعه لالهلاك) يعنى لان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعدما استحققت نفسه قصاصا بسفه وبلقى نفسه فى التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى ووجه التسليم به أن الله تعالى ذكر فى الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالمد لا يعدل عنه الا لما لم الزيادة على النص بالرأى ووجه التسليم بالسنة أن الالف (٢٤٧) واللام فى قوله العمد قود للجنس اذ لا

معهود ينصرف اليه فقيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فن عدل عنه الى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله العمد قود لآمال فيسه الى ذلك

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب ولان الجنائية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الآن يعنى الاولياء أو يصلحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب علينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعه لالهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جابر وفى كل واحد نوع جبر فتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

والا لما لم من استخلا له الخلود فى النار (قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما وجد القاتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أى موجب قود كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقيد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لاننا نقول لولم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون له كراهة لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يحظر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حرم ذلك وأما جوابه فنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصارت قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقيد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور فتذكر (قوله ولان الجنائية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجنائية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقريره الاولى وتقر برحمته أن العمدية تتكامل بها الجنائية وكل ما كان يتكامل به الجنائية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أى القصاص ويسمى قود لانهم يقولون الجنائي بحمل أو غيره قاله الأزهري (قوله ولكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخل على السبب نحو أودا وصدة الفطر عن كل حرم عبد وأدوا عن كل حرم عبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب

العمل بكل منهما اذ لا تنافى فى الاسباب على ما فصل فى كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلًا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسألة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاءه فى الباب الذى بلى هذا ولا يرد نقضنا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجي فى باب ما يوجب القصاص فى مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى) أقول قال القاضى فى تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخبير بصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخبير بين الواجب وغيره ليس نمتالو جوابه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل لعدم المماثلة لأن الأذى ما لا يمتثل والمال مملوك مبتذل فإني يتماثلان بخلاف
القصاص فإنه يصلح موجبا للتمائل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر اللورثة فيتعين فإن قيل
فكيف صلح موجبا في الخطأ والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار
فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لم يجب المال والأذى مكرم لا يجب إهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
والعبد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك وذلك
لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح
المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا
أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس
لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي (٢٤٨) وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

الكتاب والسنة المشهورة
على ما ذكرنا وأن القصاص
لمعنى النظر للولي على وجه
خاص وهو الانتقام وتشفي
الصدور فإنه شرع زجرا
عما كان عليه أهل الجاهلية
من إفناء قبيلة واحدة لأنهم
كافوا يأخذون أموالا كثيرة
عند قتل واحد منهم بل
القاتل وأهله لوبدوا ما ملكتهم

ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتمائل وفيه مصلحة الأحياء زجر الأوجها فاستعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا
يتعين مدفعاً للهلاك
وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناول العمد
وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى
الإطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطالب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد
المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجته على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكل
ولا يلزم منها أن لا تحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضا
زجر عنه فلا يلزم المطالب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تمة ما قبله
والجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجنابة كما ذهب
إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الظاهر والأقرب إلى العمدية كما زعمه صاحب
الغناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على
ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقررت في كتب الأصول أن مرجع الأدلة
العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وهذا صحيح والنحوار الأدلة الشرعية في أربعة
وهي الكتاب والسنة وأجاء الأمة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجنابة بها تكامل الخ
راجع إلى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لا إطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما
عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا ولا
وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمدية بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئا (قوله وأجيب بأن
في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتبني في
الجواب بقوله إن في الصلح المرضاة إذا لم يمنع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر
واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية
وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للداش خذ دينك إن شئت دراهم وإن شئت دنائير وإن شئت عروضا ومعلوم
أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين كذا في شرح الزيلعي وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين
القصاص لموجبة العمدية حيث خبر الولي بين القتل وأخذ الدية غاية أنه أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إفادته الشافي لا يفيدنا
فإن مطالبنا تعين القصاص لموجبه تأمل (قوله فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

الله عليه وسلم بصاحب لنا
 قد استوجب النار بالقتل
 فقال أعتقوا عنه رغبة يعتق
 الله بكل عضو منها عضوا
 منه من النار وإيجاب النار
 أنما يكون بالقتل الممدق لنا
 لأن سلم لجواز أن يكون
 استوجبا بشبه العمد
 كالقتل بالجر أو العصا
 الكبير من سلمناه لك
 لا يعارض إشارة قوله تعالى
 ومن يقتل مؤمنا متعمدا
 جزاؤه جهنم خالدافيه فان
 الفاء تقتضي أن يكون
 المذكور كل الجزاء فلا موجبنا
 الكفارة لكان المذكور
 بعضه وهو خلف قال
 (وشبه العمد عند أبي حنيفة
 الخ) اختلفوا في تفسير هذا
 النوع من القتل فقال أبو
 حنيفة رحمه الله شبه العمد
 هو أن يتمم بالضرب بما
 ليس بسلاح ولا أجرى مجراه
 سواء كان الهلاك به غالبا
 كالجر والعصا الكبيرين
 ومدة القصار ولم يكن
 كالعصا الصغيرة وقالوا هو أن
 يتمم بالضرب بما لا يحصل
 الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة
 إذا لم يوال في ضربات فأمّا
 إذا ولى فيها فقليل شبه عمد
 فندهما وقل عد محض قالوا

كبيرة محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكك الدليل المزبور به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل يستوي فيه العمد والخطأ أعني لا يفيدها وأورد السؤال على أصل المدعى فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل النافذة دون الأولى وأما ثانياً فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفـعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً فلو كان قتل صيد الحرم جنابة على المحل لا جنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً (قوله ولا ن الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الأدنى لا يدل على تعيينها الدفع الأعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعيين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لا يدل على تعيينها الدفع الأعلى وهو العمد فإن كم من شيء يتحمل الأدنى للقدرة عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية فإن قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وأئله ابن الأسقع قال أنبأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحبنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً جزاءه جهنم خالد فيها فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لمكان المذكور بعضه وهو خوف انتهى أقول لا يخفى أن بقول هذا مشرك الزام إذا القصاص واجب في القتل العمد بالإجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعد هاكل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضاً مذكوراً في الجزاء مع أنه لم يذكرفيه وإن حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الأخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دينوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الأمر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجب عنه وجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل فإن دلت إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً جزاءه جهنم خالد فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة يقتضي كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل

سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه والا لا كان عمد او اقتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل وله بها غالباً كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه ولا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل (قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد في النار وإن أن تقول أريد بالخود المسكت الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا إن قتل خطأ المحدث السوط (٣٥١) والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان

ابن بشير رضي الله عنه
 ووجه الاستدلال أنه عليه
 الصلاة والسلام جعل قتل
 السوط والعصا مطلقا شبه
 عمد فتخصيصه بالصغيرة
 ابطال للاطلاق وهو لا يجوز
 ولأن العصا الكبيرة والصغيرة
 تساوي في كونها ما غير
 موضوعتين للقتل ولا
 مستعملتين له اذ لا يمكن
 الاستعمال على غرة من
 المقصود قتله وبالاتعمال
 على غرة يحصل القتل غالبا
 وإذا تساوى والقتل
 بالعصا الصغيرة شبه عمد
 فكذا بالكبيرة وقوله
 (وموجب ذلك) أي موجب
 شبه العمد على القولين
 يعني قول أبي حنيفة
 وقوله (الاثم) لأنه قتل وهو
 قاصد في الضرب على ما مر
 من تفسيره (والكفارة لشبهه
 بالخطا والدية مغلظة على
 العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه
 الصلاة والسلام ألا إن قتل
 خطأ المحدث السوط
 والعصا الحديث) أقول
 قال ابن العز الحديث حجة
 عليه لأنه قال العصا لا يطلق
 الاعلى مالا يقتل غالبا ولا
 تسمى الخشبة الكبيرة
 عصابة جذعا واسطوانة
 ونحوهما وعملها فوق عمل
 العصا فلا يلحق به انتهى
 وجوابه أن العصا الكبيرة
 إذا ضرب بها عمد عندهما

وله قوله عليه السلام ألا إن قتل خطأ المحدث السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولأن الالة غير
 موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
 فقصر العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك
 على القولين الاثم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)
 وثانيهما أن القصاص جزاء المثل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب
 الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجه على ما نقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من
 الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من
 كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب
 النهاية ومعراج الدرية ههنا نقتل عن الميسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن
 المذکور في الآية جزاء القتل العمد وإذا حمل على المستحل كان المذکور جزاء الردة ولأن زيادة
 الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما ما قيل من أن قوله تعالى معنى أنه لو عامله بعدله
 أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن إذا طالت المدة انتهى أقول ليس شيء من
 ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم أما الاول منه ما قلنا
 كون المذکور في الآية جزاء قتل العمد لا ينفيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على
 المستحل اذ يصير المذکور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال
 والعمد بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذلك بيان جزاء الردة التي
 سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة
 التنبه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى
 لطيف لا يخفى وأما الثاني منه ما قلنا أنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على
 الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من
 متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أعتنا جملوا متعمدا على هذا المعنى في قول
 النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله
 لكونه مؤمنا كما ذكر العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم
 على المشتق يقتضي عليه المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل
 الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب
 الميسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدرية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في
 تفسير الآية المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستحل كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في
 مقيس بن حبابه وجاهد هاشما فقتل في بني النجار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أن يدفعوا اليه دينه فدفعوا ثم جعل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث
 الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي (قوله
 وموجب ذلك على القولين الاثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر
 المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا أو الخلق
 وجوبها في شبه العمد دلالة بوجودها في الخطا وأما ما كان رد عليه أن يقال ان تعين الدفع الذنب الادنى
 في الشرع لا يعين الدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد
 على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد
 في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في
 بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لأنه خطأ نظرا

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعين الدفع الادنى لا يعين الدفع الاعلى كما سبق أنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد أو عمه أو عن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٣) ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمرى عنه كالمروى عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأي وقوله (فالخجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتل خطأ الممد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما رويناه والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما انحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جل بن مالك على ماسأني في المعاقلة والقتل فيه كأن شبه عمدا وفي معراج الدرانية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبه أن امرأتين ضربتا احدهما الاخرى بعمود فسطاط فقتني عليه الصلاة والسلام عليهما

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالطة وسنين صفة التعليل من بعد ان شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فالخجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا فاذا هو آدمي أو ينظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا أو موجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتمرير برقة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

الى الآية فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمرير برقة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذلك بواضح اذا المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فادوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث جل بن مالك شبه عمدا لخطأ فان نقصيله على ما ذكره الشراح فاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما الاخرى بعمود فسطاط أو بسطح خيمة فألقت جنينا مستاقا ختصم أولياءها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا اولياء الضاربة دوه فقال أخوها أئدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ودم مثله بطل فقال عليه السلام أمجمع كسجمع الكهمان وفي رواية دعني وأرجز العرب قوموا فادوه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فقامل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فالخجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ الممد قتل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها ما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمدا فانه قال لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الاعمال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور جنة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا فاذا هو آدمي أو ينظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير مختص بماد ذكر في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزيئاته فكان أخص منه جدا في يصلح لان يكون تفسيره فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

بالدية على عصبية العاقلة متفق عليه وهو حديث جل بن مالك في القرعة كما يجي ما انتهى فكيف يقياس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلقيق (ولا

ولا اثم فيه في الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه انما) بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جنائية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستحجال على الميراث وهذا كذلك لا احتمال أنه قصده إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في القرائض (٢٥٣) مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله

(بمخلاف ما إذا عمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تيمم أن يضرب يده رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد يده رجل فأصاب عنقه غيره وأبانه فهو خطأ وما جرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعلة بالعمد ولا بالخطأ إلا أنه كالخطأ في الأحكام

(ولا اثم فيه) يعنى في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه انما يصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا عمد بالضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن للحمل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله حكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه أدى الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأزله موقعاً دفعاً وحيث الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقى في حق غيره على الأصل وهو أن كان بأثم بالخفر في غير ملكه لا بأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمدي النفس فهو عمد فيما سواها) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ومادونها لا يختص اتلافه بالآلة دون آلة

كرميته مسلطاً عليه صيداً أو حرياً أو فعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصد منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأخطأ فأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وانما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حرياً لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الإصلاح والابحاح حيث قال من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فمكانه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في صورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه إذا سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهي رده ساقط جداً أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصد عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الأول ما ذكره الراد من صورتين ومثال الثاني وهو ألا كثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتي صدور ما قصده أيضاً وعدم صدوره كالإختصاص على ذي فطانة وأما الثاني فلأن تحقق الخطأ في الفعل في صورة أن سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً ممنوع بل المتحقق هناك ما جرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النفس الخطأ إذا لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة أن سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بقلعه لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطأ والكلام هنالك في نفس الخطأ لا فيما أجرى مجرى الخطأ فانه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجنائية سأفني ذكره مستقلاً فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى في الوجهين) أقول كان الأول للمصنف أن يقول يعنى في كل واحد من الوجهين إذ يحصل حينئذ إصلاح أفراد الضمير أيضاً

يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد وخطأ) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فان اتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه وأما مادونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الأثرى أن فوق العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة (قال المصنف لأن فيه انما يصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل ولا تجرد وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة المدد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبید الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه أن يسفك وقوله (على التأبید) احتراز عن المتأمن فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزية للساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما يثبت من قوله صلى الله عليه وسلم المدد قود ومن أن الجناية به تتكامل وفيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني أن حقن الدم على التأبید غير متصور لأن أنهى ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث أنها مقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فأنه موجود فيه ولا قصاص الرابع أن قيد التأبید لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٢٥٤) أن المراد بالحقن على التأبید ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبید إذا قتل عمداً) أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبید فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبني القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان وبخلاف العبد بغيره

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه السلام المدد قود ومن أن الجناية به تتكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا ٨١ أقول فيه نظراً لأن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام المدد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام المدد قود أي موجه ولا أن الجناية بها

لا معتبر به ورجوع الحر إلى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الآية وعن الرابع بان التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم المدد قود ذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما يثبت من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه بالضرورة ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال انه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أرادوا لول الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القتال إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسره هذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول الأصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الآية) أقول الظاهر أن يقال حرمة الآية ضرورة ما هو مارد الشارح للشبهة الناشئة من الأبو في درء القصاص وهي شبهة الإباحة النابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبد بين المستامين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكور) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عدها كافي وقوله والاثني بالاثني فانه لا ينفي المذكور بالاثني ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلاء على الاخرى (٣٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا ترضى الا بقتل

الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء فانه لا ينقطع البعد العجيبة بالسلافة ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزائه الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب الشعبي والشعبي استدلل الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان وانما ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عدها قال (والمسلم بالذي) خلافا لما في له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه تتكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبد بين كالايجري بين المستامين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والاملاحي بين العبد بين كالايجري بين المستامين (قوله والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عدها) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عدها كافي وقوله تعالى والاثني بالاثني فانه لا ينفي ان يقتل الاثني بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا ترضى الا بقتل الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم كذا في الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكور لم يدل على نفي ما عدها الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قر يش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينه لا واحد من القود والدية لا يعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذ لم يكن هنالك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الآن يعطى فهمافي كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنابة ولا مساواة بينهما وانما قيد بوقت الجنابة لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقتلوه حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر في دين

(قوله وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء المبان) أقول يعني لا ينفي فيها المساواة في العصمة بل لا بد من المساواة في الجزاء المبان في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمه الله ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا (٢٥٦) أحق من وفي بذمته ثم أمر به فقتل وفي دلالة على المطلوب

لأساواة بينهم ما وقت الجناية وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ولان المساواة في العصمة ثابتة نظر الى التكليف أو الدار والمبيع كفر المحارب دون المسلم والقتل بعمله يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذلك كفاءة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا تعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيع لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلا ان المصنف قد صرح بقيل هذا بعدم المساواة بينهم ما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهم ما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فلهذا يكون هذا مناقيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلا لانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيع كفر المحارب دون المسلم والقتل بعمله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمى بعمله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمى فالصواب ان المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفریع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيع وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللاحق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظر الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعايل ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا اه أقول وزع الشارح المذکور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار قال الشارح المذکور وسائر الشراح أيضا هنا انه وهي أي العصمة بالدين يعني عنده أو بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتمد في ثبوت العصمة عند الشافعي هو بالدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم أقول اعل كلمة أو في قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما في قوله

سيمان كسر رغيفه * أو كسر عظم من عظامه

فيمكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافي والتبيين أيضا فان المذکور فيه ما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص ألا يرى انه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في غائته المعنبرات فلا بد من أن يكون في دار

جلاء لا يمارى ورد بان مداره على ابن السلمي وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمي حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بعماله وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السلمي لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فثبت وقوله (والمبيع كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيع وتفسيره أنا لان سلم ان مطلق الكفر مبيع بل المبيع كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوهم حتى لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله

الاسلام

والقتل بعمله لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذمى بالذمى دليل على أن

كفر الذمى لا يورث الشبهة اذ لو أوردتها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظر الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا) أقول ولهذا يقتل

الذمى بالذمى

قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالسليم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمال ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعهد في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فمافرضناه دليلا لا يكون دليلا لا يخط باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيافهو

حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفرة باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربي

الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأييد وكذلك كفرة باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعهد في عهده فانه معطوف على مؤمن فالعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولا شأن ذا العهد وهو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا أن العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعهد في عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالأول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملةين هذا جلته ما في الكافي وأكثرا شروح في هذا المقام أخذنا من المبسوط والأسرار وقال صاحب العناية في شرحه - هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمال ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعهد في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فمافرضناه دليلا لا يكون

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالسليم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم الآن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العصمة لا تجزى (قوله والعطف للغايرة) أقول قال الاتفاقى ولنا في هذا الكلام نظر لانقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقليل بالحرب هو عطف على مؤمن ولكن نقول أن الذي يقتل بالذمى بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذمى اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتفاقى فليستأمل (قوله فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول أنه يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فمافرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خالف باطل) أقول المقدر في الثاني لفظ كافر كافي الأول فيصلح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فتقدر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياساً للساواة ولا يقتل استحساناً لقيام الميخ (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون) للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التفاوت

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) انه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذوة عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود ومنه في مثله لما رويناه ولانا قد رنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحرابي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق ويغني عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحرابي والجواب عنه وعبر بقوله لما بيننا لان التقدير المذكور ليس بمرئى وانما هو تأويل فلم يقل لما رويناه وقوله (العمومات) يعنى الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمرئى) أقول يعنى غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل

دليلاً هذا خاف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الأول ان الأعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أى لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة العام على الخاص بأحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الأعم فبذل عليه قطعاً بواسطة دلالاته على معناه العام الشامل لذلك الاخص وبغيره أيضاً ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركاً بالارادة كسائر الحيوانات لا ندراج به تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستره فيه فبقا نحن فيه لو لم بقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافراً أعم من الحرابي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على مدعاه كإزعجه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لا يقتضى تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلاً على مدعاه بل جعله دليلاً عليه انما يصح بعد تعين معناه فامعنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محدثاً وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لازم أيضاً على تقدير ان بقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحرابي مبين للذمي لا محالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافراً في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة فلا نلزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سائر الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظراً لان قول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوة عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقل بالحر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحرابي اه أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوة عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوة عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرة مؤمن دفعاً لاحتمال أن يكون المراد بذوة عهد في الحديث هو المؤمن أيضاً على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحرابي اذ المؤمن لا يقتل بذي أيضاً عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذوة عهد مغاير المؤمن فكان المراد به الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحرابي والا يلزم أن لا يقتل الذي بالذمي أيضاً مع ان خلافه يجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشده الى هذا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذوة عهد في عهده وحله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأى هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بيننا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوة عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود ومنه في مثله لما رويناه ولا قدرنا

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لحياته وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلن به فانه لا يجوز ان يقتل والد وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعمد به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لحياته فلا يجوز ان يكون سببا لفنائهم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٢٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه بقاتله لا تنفاه شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله) وطوبى بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرحم أجيب بان الرحم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحذر ان يبيح بجماعة ابنته لان حق المالك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يسلك صاشره في الدرة

والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله في قوله لا يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لحياته فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ذلك بكافر حر بي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من أن يكون مستأمنأ أو محاربا وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمرور وانما هو تأويل فلم يقل لما بينا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظرا لانه اذا اريد هناك بالحربي ما هو اعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فامعنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين الذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وحزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد في عهد عطف قوله ولا ذوة عهد في عهد على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص به عبده ولا بعد ولده وذكر الامام البرزوي أن هذا حديث مشهور نقلته الامة بالقبول فصلح مختصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البرزوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار ما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعد ولده فصارت نظما لجاز تخصيص قتل الوالد بولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير نظما اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخصرا بديل موصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا وبصر قطعي في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو بعد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد بولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرفت في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البرزوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذا برى جهة سببية للمقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه فأما ان أراد بسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به اشياء سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في درة القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجالى كتبه تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه) أقول وأنت خير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال ان يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (المأيننا) اشارة الى قوله لانه سبب لحيائه وقوله (ولاولاده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولاده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص الاب بالسيف) يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي الاب بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع بدرجل فبات منه فعل به مثل ذلك وعمل مثل تلك المدة فان مات والا تحزر رقبته وان كان بغير مشروع كان سقام الجرح حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الاب بالسيف أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه وهو هذا مختار صاحب الاسرار ونظر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الاب بالسيف واستدل به لابي حنيفة (٣٦٠) رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثل وقد قرناه

في التقرير وقوله (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لان سلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لولم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجزاء بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كافي كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتض منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الامولى

والجدة من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قريت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحزمة الابوة قال (ولا يستوفي القصاص الاب بالسيف) وقال الشافعي بفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات ولا تحزر رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجزى فيجب التحرز عنه كافي كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الامولى وترك فاه القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولد ان مات حر او المالك ان مات عبدا وصار كمن قال بغيره بمعنى هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجهامثل لا يحل له وطؤها باختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يتيقن على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد باختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يما لي به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين

يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجدة من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قريت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب هنان الامام الزاهدى قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علا خلا فالملك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا الجدل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء

الخ اذا قتل المكاتب عمدا فلا يتخلو إيمان أن ترك وفاء أو لم يترك فان كان الاول فلا يتخلو إيمان أن يكون له وارث القود غير المولى أولا فان كان الثاني فله مولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا واستدل بمبدأ كرفى الكتاب وكأنه عام حول الدرر بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يتيقن الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل

(قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول بأبي عن الاخلاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اياه (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الاب بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثل بوجوب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة يجب ذكره قوله يجب ليس خبر الا بل هو معتبر في مفهوم القود فانه يصدق ان يجب اذا كان وحدي مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كافي المعنى الآخرفتدبر ثم اعلم ان ضمير عليه في قوله والجل عليه راجع الى ما في قوله دون ما يجب شرعا

عن درجة الاعتبار لان
السيد اذا رجعا الى شخص
وحكمهما لم يختلف صارا
كسب واحد لحكم واحد
وأما اذا رجعا الى شخصين
كأول كان له وارث غير المولى
واختلف حكمهما كالمسئلة
المستشهد بها فيمكن ان
تكون معتبرة فان كان
الأول فلا قصاص وان
اجتمع والوجود الاشتباه
على ما ذكر لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا
في موته على نعت الحرية
أو الرق فانه على قول على
وابن مسعود رضي الله عنهما
يموت حر اذا أدبت كتابته
فيكون الاستيفاء لورثته
وعلى قول زيد بن ثابت
رضي الله عنه يموت عبدا
فيكون استيفاء القصاص
للمولى (بخلاف الأولى فان
المولى متعين فيها) وان
كان الثاني وهو ما اذا مات
ولم يترك وفاء فواضح كذا كر
ولم يذكر ما اذا مات ولم
يترك وفاء ولا وارث له أوله
ورثة أرقاء لعدم الفائدة في
ذكره لان حكمه حكم
المذكور في الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك
وفاء وله ورثة أحرار وجب
القصاص للمولى في قوله -م
جميعا) أقول قال في
الكفاية وذكر شيخ الاسلام
يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في
قيمه وفاء بالمكاتبه أيضا
فاما اذا كان في قيمته وفاء
بالمكاتبه لا قصاص فيه

بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من
له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في
موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا لا يرب لا نقض الكتابه

القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا أه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصاعلى نفي استيفاء القود بغير السيف
فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شيء وإثباته
مما والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار إليه
المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالوا لقوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف أى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح وهكذا فهمت الصحابة رضي الله
عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال في النهاية فان
قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لأن يكون معناه لا قود يستوفى الا
بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حل عليه كان مجازا ولان القود قد
يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن جملة عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما
السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكره هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على
الوجه الأول من الوجهين المذكورين في النهاية أقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن
لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان
مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم
ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل
المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا يحصى عن
تقدير شيء على المعنى الذى جملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما
صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزى كلام البلغاء فلا يتم
التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيد بالحر وقيد
في الصورة الآية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا
كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما في الصورة
السابقة ليكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشبهه
مسن له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا قبل الملك وان مات حرا قبل الولاة وأما اذا كانت
الورثة أرقاء في الصورة الآية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا
لانه مات عبدا في تلك الصورة بل لا يرب والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك
بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآية وان لم
يترك وفاء وله ورثة أحرار ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق
أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل
لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق
كذلك لانه يرث عند ذوال الرق عنه لامن يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية ولا يلزم أن لا يتم تقييد
الورثة بالأحرار في الصورة الآية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام
الرباني (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب

بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتين لم يجب القصاص حتى يجتمع الرهن والمترين) لان المرتين لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولا له بطل حق المرتين في الدين فيشترط اجتماعهما ليس سقط حق المرتين برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

وقوله (بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينسخ بالعجز ما عتق منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيح) وهو جلد المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع سلاء كان للقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب النصاص لما لم يجد مثل حقه بكاله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة انفع له لانه يحكم بحريته وحرية اولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان في الفائم ماله حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

العناية ولم يترك اذ اقامت ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله وورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المترك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المترك هنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا اذا كان له ورثة احرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة ارقاء أولى كما لا يخفى (قوله بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه المختصر الكرخي وايس هذا كالعبد المعتق بعضه اذ اقامت عاجز الاله ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينسخ به الكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتق لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه اقول فيه نظر قدم من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عندهم بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الخ فيثبت يصح تميم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما لا بإفضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيح المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيح وهو جلد المقتول الاستيفاء اقول هذا تقصيري في بيان المسئلة فان كان القصاص لحق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره وأخته لام من غير أبيه وكأمة المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فإما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسيره ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيح

(لأنه من باب) (الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها) أي إلى النفس (وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع لتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (ان يصلح) لكن على قدر الدية فإن نقص يجب لكل الدية لأنه أنظر في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى (٢٦٣) بقوله لأنه من الولاية على النفس وقوله

(لأنه ليس له ولاية على نفسه) أي نفس المعتوه (وهذا) أي الاستيفاء (من قبيله) ويندرج تحت هذا (الاطلاق) يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك وقوله (ان الوصي لا يملك الصلح) يعني عن النفس وأما عمادونهم فإيما به وقوله (وانه) أي المال (يجب بعقده) أي بعقد الوصي

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الانقاضي قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم

لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح (وله ان يصلح) لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفولان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطع يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك لأنه لا يملك) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتنى أثر جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشني الصدر قبليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا الاثنى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما ينسب الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومزاد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لابي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كماله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومزاد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الأخ مثلاً يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبيلهما بخلاف الاب فإنه يملكهما معا ويبنوا وجه الفرق بأن القصاص شرع لتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الأخ فقوله صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا أساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفيض عنه جدها عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه واذا وجب القصاص لصغيرا ومعتوه في النفس أو فمادون النفس وله أب ولا حتى للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي اه وان أراد بذلك ان الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدها ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعاً (قوله وله ان يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه)

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والاثنى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيه اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حتى (قوله لأنه شرع لتشني) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشني وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى
وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشني وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يملك بها ممتلك الاموال فانما اخلقت وقاية للنفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط
وان قل ويجب كمال الدية أه وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال
بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قل ويجب
كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه
عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير قيد بدية قدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من
قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء
القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب
لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز
قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرض الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره
ساقط فان لأصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما
صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر هنا كذلك والظاهر أن الشراح
أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس
الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة
ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل
والكثير ممنوع فان في القصاص تشني الصدر وما دون الدية في مقابلة تشني الصدر لا يعتد بنفعهما
وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعتد بنفعهما عادة وأما
تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان
المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز
بل ارباب اذله اسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف
ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لانفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا
بد في تصرفه من النظر الى الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق
بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في
حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكن
المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الا نظر له
ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الا نظر لان في
خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة
على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل
الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من
وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو اقلان كان فلهم الاستيفاء عند علماءنا رحمهم الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما ظاهر على ما ذكر ووجهه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤس حال (٣٦٥) الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة

وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة ثبت لكل واحد كمالا كولاية في الانكاح واعتراض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كالتعدد القتل وعفا أحد الأولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظرا للجائنين بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق عدة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بانه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كمالا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال)

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلا يكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص نشي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فينبذ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المجل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذلك لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصور بان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذيالك الشارح بان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقيق مادة هذه المسئلة الى تحقيق معنى الجمعية لافي جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي وأحدهما غائب واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو أبهى في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف بهذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستندرا كحضرنا ذينا وله حيث ذكروه كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين الموليين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين الموليين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك لئلا يتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التفدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوله المزبورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للآخرى وبوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس الكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى قصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

(٣٦٤ — تكمله فامن) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا يلزم من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني وغيره انه لا يقدر بعد العفو على القصاص و ثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد وسقط في حق العاني أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجهه ساقطا من وجهه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

ممنوعة) جواب عن قوله
أو كان بين المولين وسند
منعه ماذكر في الاسرار
لارواية في عبداً عتقه
رجلان ثم قتل أو قتل وله
موليان فيجوز ان يقال
لانسلم ان أحدهما لا يتفرد
بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد
المولين انما لا يتفرد
بالاستيفاء لان السبب
لم يكمل في حقه لان بعض
الملك وبعض الولاء ليس
بسبب أصلاً فكأنما
كشخص واحد والواحد
منه - ما كنصف رجل
وشطر علة وقوله (ومن
ضرب رجلاً بغير الخ) واضح

(قوله - ولئن سلمنا فأحد
المولين انما لا يتفرد
بالاستيفاء) أقول فيكون
قوله انه حق لا يتجزى
مخصوصاً بما اذا لم يكن
السبب القرابة كما لا يخفى
(قال المصنف وفيه خلاف
أبي حنيفة رجه الله تعالى)
أقول فيه أن قضية المساق
أن يقول وفيه خلاف أبي
يوسف ومحمد فليتلأمل
(قال المصنف وهي مسئلة
الموالاة) أقول فيه بحث
بل تلك أعم منها فان القتل
بالسوط قد يكون بدون
الموالاة كما اذا ضرب صغيراً
فمات منه وجوابه أن
الضمير عائد الى خلافة
الشافعية لا الى مسئلة
القتل بالسوط مطلقاً فافهم

وا احتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح بخلاف الكبير لان
احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلاً بغير قتله فان أصابه
بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بجمد الحديد لوجود
الجرح فكمل السبب وان أصابه بنظر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه
للاله وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
بسختات الميزان وأما اذا ضرب بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص
حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما بين
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالة لان الموالة في الضربات الى ان
مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قيل خطأ العمد وروى شبه العمد الحديث
ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات
فيعبرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرة للقود فوجب الدية

لانها مال والمال مخبر بلارب فالأظهر في بيان ككون القصاص حقاً لا يتجزى ماذكر في الكافي
ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير مخبر لانه تصرف في الروح وهذا لا يقبل
التجزى ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون
سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم ثبت للزوج والزوجة بل للعتق والمعتقة
أيضاً كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون
القرابة الا أن الظاهر ان قولهم هنان هو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الأكثر
قرباً به وإما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارتدون حقيقة القرابة فيم الكل
(قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح) قال
الشراح وجهه أبي حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو
في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفاً
والحاضر لا يشعر به فلا يستوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال
استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان
ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يتدمر المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الاسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي * أقول انما قيل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلاً يكون
قريبه مقتولاً بان كان في مسيرة سنة مثلاً من موضع القتل فاني يتوهم منه العفو في الحال اذا العفو عن
الشيء فرع الشعور به فبحث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضاً
فكيف يتم فيها ماذكر وامن التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بأنه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك
الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت على الغير فاني عفوة وبرئت منه فيندرج في هذه الكلية
عفو عن قتل قريبه أيضاً ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء
غائباً وان كان موهوماً ورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام
بهذا الوجه مما لا يعمنه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثل
وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رجهما الله
لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند
ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

وكذا قوله (ومن غرق صيبا) و (كأيناه) إشارة إلى قوله بفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول (٣٦٧) وقوله (ولاسرا في العصمة) أي لاشك فيها

وقوله (ومنه المقصة للجلمين) الجلم الذي يجزبه وهما جلمان

(قال المصنف لهم قولهم عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما ان لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفي كل خطأ ريش) أقول لا مساعد في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولا ان الالة قاتله وذلك يقتضي ان يكون قوله ولا ان الالة قاتله الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بشراكة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبت منهم ما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا فساقط لا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يقاس به مع ان اثمتنا سكوبا في ذلك المطلب واعتمدا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التغير على حقيقة وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغير في قصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لما كلة قوله من غرق وغرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا الخاص عند هما يتيسر بحمل التغير على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة

قال (ومن غرق صيبا أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقال لا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفي جزا وعند غرق كما ينه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولا ان الالة قاتله فاستعملها أمانة العمدية ولا مرأى في العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفي كل خطأ ريش ولا ان الالة غير معذرة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولا ان القصاص يبنى عن الممانلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين

مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحري المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لان جهة القدرح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهما لكن الشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعد في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولا ان الالة قاتله وذلك يقتضي ان يكون قوله ولا ان الالة قاتله الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بشراكة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبت منهم ما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا فساقط لا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يقاس به مع ان اثمتنا سكوبا في ذلك المطلب واعتمدا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التغير على حقيقة وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغير في قصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لما كلة قوله من غرق وغرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا الخاص عند هما يتيسر بحمل التغير على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة

(١) في بعض النسخ زيادة كنت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بعده بقوله وما رواه غيرهم فوع تأمل اه منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعدذاب الله (أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (اليه) أي الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أي حنيفة رجه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروي الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفك دم محقون على التأبيد عدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (واذا اتقى الصقان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي بوال تروي أن سيوف المسلمين بوال على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم (بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح (٣٦٨)

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يفسـل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبرا لانه لما كان يفسل ويصلى عليه صار كأنه مات خنفاً أنفه معرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنائته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرامطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا

ولا تماثل بين الجرح والادق لقصور الثاني عن تحريب الظاهر وكذا لا تماثلان في حكمه الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمنقل نادر ومارواه غير مرفوع وأوهو محمول على السياسة وقد أومت اليه اضافة الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (واذا اتقى الصقان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة فقتل رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما يجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركون لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشبهه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يفسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنبس والمزيد فلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شجر على المسلمين سيفا فقتلهم أن يقتلوه)

التعريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التعللات ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك

التسلسل

يشتمل على المسائل التي لها عزيمة ايجاب القصاص وهي كاهما من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحديثين يماثل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع لانه يلزم الى قوله أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبد اقلناه كذا في فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للنع وقوله أوهو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال السكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شجر (قوله الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عزيمة ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالينة

وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمغنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لأعين القتل وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعنى إذا أصابا على أنسان فقتله المصول عليه عدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبه المكره) يعنى أن المكره لما صار مساوياً للاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره بعود على المكره فيقتله وقوله (قاتل دون مالك) أى لأجل مالك وقوله (فكذا استرداد فى الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٣٦٩) على إباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى

ذلك ظاهرا (قوله ومعنى
الوجوب دفع الضرر)
أقول أى وجوب دفع
الضرر فالضاف مقدر
(قال المصنف ومن شهر
على رجل سلاحيلا أو
نهارا أو شهر عليه عصا ليلا
في المصر أو نهارا في طريق
غير المصر فقتله المشهور
عليه عدا فلا شيء عليه)
أقول قال الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير
فإن شهر عليه عصا نهارا
في مصر فقتله المشهور
عليه عدا قتل به اه وفي
شرح الجامع الصغير
لقاضيخان رجل شهر
سلاحا على رجل في المصر
ليلا أو نهارا أو في غير المصر
فقتله المشهور عليه عدا
لا شيء عليه لأنه قتله لدفع
الشر عن نفسه ودفع الشر
مباح أو واجب وإن شهر

لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته بيغيه ولأنه تعين
طريقاً للدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليه هم وقول محمد بن الجائع الصغير خفي على المسلمين أن
يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجائع الصغير ومن شهر على رجل
سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا السلاح في مصر أو نهاراً في طريق غير مصر فقتله المشهور وعليه
عمد فلا شيء عليه لما بينا وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت
تلبث ولكن في الليل لا يطعمه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذلك في النهار في غير المصر في الطريق
لا يطعمه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح
عندهما قال (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور وعليه عمداً فعليه الدية في ماله) وقال
الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدة وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة
ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي أنه قتله دفاعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولاً على
قتله بفعله فأشبهه المكره ولا يبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما
فعلها ما معتبر في الجلة حتى لو حققنا ما يجب عليهما الضمان وكذا عصمتها لمحقها وعصمة الدابة لمحق
مالكها فكان فعلها ما سقطا لعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصاً معصوماً وأنتف ماله ما معصوماً
حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلها وإن كانت عصمتها محققاً لعدم اختيار صحيح ولهذا
لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهم بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً وإنما لا يجب القصاص
لوجود المبيع وهو دفع الشرف فنجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضر به ثم قتله الآخر
فعلى القاتل القصاص) معناه إذا ضر به فأنصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت
عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة فأتبعه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفاعاً في الابتداء فكذا استرداد في الانتهاء وتأويل المسئلة إذا كان
لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

عليه عصا في المصير من اراقته المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا نلبت وفي المصير يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبت وبخلاف المغازاة أو كان في المصير لا لأنه لا يلحقه الغوث وإن كان الخشب أو الحجر عظميا لا يلبت فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله الموصول عليه عمدا ضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعي لا شيء عليه كالأبختي (قوله يعني أن المكرم لما صار مساويا للاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزايعي من الشافعي والافندي يجب القصاص على المكرمة والمكرمة كما مر (قال المصنف وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيع ما يعم الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لأن أثر الاضرار في دفع الأثم والقصاص دون الضمان كاللضر إذا نأ كل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول فيه شيء إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولامعتبر بكبر السد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه فإن الكبر قد اعتبر وخبر المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدار ما يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فالتقي المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على (٣٧٠) رضي الله عنه ففضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع بدغيره عمد من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو بني عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فبِهِ يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر السد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لا مكان رعايته المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القطع وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه فطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الأفي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتان لأن

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز أي ذو قصاص أقول لأوجه لتذكير ذوقنا لا يتعمل ركيب لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتان لأن) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقطع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما فسد به لثته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن وعزاه الشراح إلى المسبوط أقول أسلوب تحريمهم ههنا محل تعجب فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

بعضهم من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو بني عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم الأفي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فإن كان السن عظما فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينهما وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسع) أقول إنما قال بمنزلة التسع

قال

لأن القصاص في الأطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (قوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان التسي في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متفاسدة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع إلى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لأن المعتبر في ذلك الشين إذ ليس فيه تقويت المنفعة إلى آخر ما قال ويجيء عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها شينة وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استثناف بياني الإجماع كرم كردن (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو بني عن المماثلة) أقول بل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص في عظم الأفي السن) أقول اختلاف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فنه من يسكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لنعذر المائتين فمر بما تفسد به لآله كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فذهب من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس في مآدون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص وذلك لأن شبه العمد إذا حصل في مآدون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روي أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والاطمة إذا أتت على النفس لا توجب القودوان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (لا في الحري يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٢٧١) وسلك في الباب طريقتين يقاسمهما وهو

اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس في مآدون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلاف مآدون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة في مآدون النفس ولا بين الحري والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحري يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفوس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مدكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس عثمان أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذ صاحب الوقاية فذكره في مثله حيث قال ولا قود في عظم السن فتعلق ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبها وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلعت سن غيره هل يقطع سنه فصا أم يرد بالميرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية تكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالميرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالتناقض وان كانت الجناية يقطع سن ذكر القود يرى أنه لا يقطع سن القاع ولكن يرد سن القاع بالميرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الأئمة السرخسي وذو كرشح الاسلام في شرحه أنه يقطع سن القاع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزاع والسنزاع والقطع واحد وفي الزيادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس في مآدون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس في مآدون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القود وروى وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحد من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو عمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما جرى مجرى

(قوله فيحمل الأول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الأول محمول على ما اذا عمد وانما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعم التعمد وغيره فتدبر اذا ضمير في قوله انما هو عمد أو خطأ عائد الى ما في مآدون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الأول اذ ليس الموضوع فيها واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الأول شبه العمد وههنا ما يوجد في مآدون النفس من الجناية مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التاميق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لما منع كما اذا قتل الأب ابنه عمد افلئتم (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة في مآدون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصه بما رويته انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصه بما رويته أراد به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاخصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيندم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معاوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بمخمسة مائة دينار قطعاً وبقيناً ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر بقيناً فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي انما يكون بالحرز والظن والممانعة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالممانعة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البذل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٢٧٢) أنافذ كرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشل ليس منه فمعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنسب به الممانعة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط حائز دون البذل بالأطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتاً باعتبار

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيندم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبمخلاف الانفس لان المثلث اذهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارض

السلاح عند أبي حنيفة وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا أورت الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الأطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيمادون النفس عمداً أو خطأً لأن شبه العمد عمد أو خطأً فان ضمير هو في قوله انما هو عمد أو خطأً راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد أو خطأ لان يكون شبه العمد خطأً في النفس ولا في الأطراف لان ندم الضرب به معتبر في مفهومه وشبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنياً الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته عما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيندم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقرر في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو موصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

الاصل كقصص طرف الاتي والعبد عن طرف الحر والذ كمنع شرع القصاص لاتفاء محله وان كان التساوي قال في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمتنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشل ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالى (قوله لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة اذا أوجبنا القطع (قوله للزيادة في الأطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضا فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الردي (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحيحة

القصاص) لانه لو زال
الشلل قبل أن يستوفي
الارش لم يكن له الا القصاص
وهذا عندنا وعند
الشافعي رحمه الله أن
الواجب أحد الشيتين
اما القصاص أو الارش
فاذا تعذر أحدهما الفوات
محله تعين الآخر

قال (ومن قطع يدرجل من نصف الساعد أوجرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن
اعتبار المماثلة فيه إذا الأول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرية نادراً فيبقى الثاني إلى الهلاك ظاهراً
قال (وإذا كانت يداً مقطوعاً صحيحة وبداً المقاطع شلاءً أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع
اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الارش كاملاً) لان استيفاء الحق كلاً متعذر فله أن يتجاوز دون
حقه وله أن يعدل إلى العوض كالثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الانلاف ثم إذا استوفاهما ناصاً
فقد رضي به فبسط حقه كما إذا رضي بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه
أو قطعت ظلماً فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وإنما ينقل إلى المال باختياره فبسط
بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقته حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به
حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى

(قال المصنف وان شاء
أخذ الارش) أقول هذا
هو ظاهر الرواية وذكر
الطحاوي عن علي الرازي
الكبير أنه قال لا يخبر فان
القصاص فمادون النفس
يعتمد المساواة في المحل
ولا ينظر إلى الصغير والكبير
كما في اليد الكبيرة والصغيرة
كذا في شرح الكافي
وذكر الزيلعي الفرق في
شرح الكافي في مسألة قطع
اليدين وقال لم يعتبر بها
الكبير والصغير في العضو
واعتبر في الشجة في الرأس
إذا كانت استوعبت رأس
المشجوع وهي لا تستوعب
رأس الشجاع فأثبت
للمشجوع الخيار إن شاء
أخذ الارش وإن شاء
اقتص وأخذ بقدر شجته
وأما كان كذلك لأن
ما يلحقه من الشين أكثر
لان الشجة المستوعبة
لما بين قرنيه أكثر شيناً من
الشجة التي لا تستوعب
قرنيه بخلاف قطع العضو
فان الشين فيه لا يختلف

وقد منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانياً فلان حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم
جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد
فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندني في الجواب
أن يقال إن الآية المذكورة أية القصاص والقصاص ينبي عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة
ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال
ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار إليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو
ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار إليه ههنا أيضاً حيث
قال في عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهر إطلاقها حتى
يكون إطلاقها جمة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور أجزاؤها على ظاهر إطلاقها ولا قصاص في العين
إذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد والرجل من غير انفصال
وكذا فيما إذا قطع الطرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وإن معنى النظم
الشرع مصروف إلى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال
قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء
لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم
لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضاً والشرع كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافعا قال صاحب العناية
فالجواب أن أقصد ذكر أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لانها خلقت وقاية للانفس كاللحم فالواجب
أن يعتبر التفاوت المالي ما نعام مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر ما نعام من جهة الأكل لانهم من حيث انه ليس
تفاوتاً ماليًا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الأموال ومن حيث انه واجب تفاوتاً في المنفعة ينبغي به
المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الأكل لئلا يلزم أن يكون باذلاً في زيادة في الأطراف ولا يعتبر
من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولاً
فلان ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر ما نعام مطلقاً وأما ليس تفاوتاً ماليًا بل موجباً
للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعام من جهة الأكل ولا يعتبر ما نعام من جهة الانقص فتحكم ببحث
لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في
الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الأول أيضاً اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة
يجوز له اسقاط حقه المالي أيضاً بالتفاوت بينهما فيبقى أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضاً ما نعام من
جهة الانقص وأما ثانياً فلان كون الشلل عمالاً لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد
تفاوت بالصحة والشلل قطعاً فان الشرع جعل أرض اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

قال (ومن شجر رجل فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بحدار شجته يتبدى من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين زيادتها في استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فخير كافي السلام والصحة وفي عكسه بخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كمالا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جهته الى قناه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لا مكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتباره

أرض اليد السلام محكومة عدل كما صرح حوايه في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعامل المسئلة التي نحن فيها ولا أرض الاطراف مختلف فصار كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما ما يصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما سبق وذلك جائز ولهذا لا يستوفى الا كل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذالا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتكسبه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتضى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذا الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضى بان يستوفى في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما سبق بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمر احسيا أو أمرا حكما وأما صاحب الانقص فان رضى بان يستوفى منه صاحب الانقص الاكمل عقابا لانه يصر باذالا لزيادة حقه بالضرورة أيضا لا تفاوت بين كون سبب التفاوت احسيا أو حكما والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فخاف في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كسيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منه باذالا للنقص وبذالا لزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هاهنا مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكروا الحر منع شرع القصاص لان تفاوت محلهم وان كان التساوى في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر رجلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه بخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيخير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفقوتة للنفعة اذ ليس فيها نفوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصطح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٢٧٥) والفضالة ومجاهد وهو موافق للام

فان عفا إذا استعمل باللام كان معناه البذل أي فن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء يدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض ونفسه من عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمرو ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع المعروف أي فليتباع غير العاق بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل إليه حقه وأفيا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلا فاهله بين خبيعتين إن شأوا قادوا وإن شأوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه) يعني

فصل قال (وإذا اصطح القاتل وأولياء القتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيلا الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجزى فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا لا اشتراكا على احسان الأولياء واجبا للقاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفترض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكر وأحالا لا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والتمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد قال (وإن كان القاتل حرا وعيدا فامر الحرة ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان) لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المستثنين أقول وفيه أيضا بحث لأنه إن أريد أن شرع لقصاص بعتة المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الاشكالي كما يجوز عكسه لأنهما متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بل لا ريب وإن أريد أن شرع القصاص بعتة المساواة من كل الوجوه لا يمكن يجوز استيفاء الناقص الكامل إذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع إياه عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا إذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتال حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرء مما تكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسألة وحدها لا يمكن في اتباع جميع ما مثله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فامعنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجزى فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا في شيء جريانه تعويضا أيضا فيه ألا يرى أن الشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعين وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذلك في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى

أنه ليس للولي العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالاتفاق على مال

فصل وإذا اصطح القاتل (قوله فإنه يراد به البعض) أقول يوهم تجزى القصاص

وقوله (خلافاً لما لك والشافعي رحمه الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص ولهن (٢٧٦) حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص

وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين لهما أن الورثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لأن التصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير منجز فيثبت كلال لكل واحد من أولياء القتل فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال وإذا عفا أحد الشركا عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير في شأن القصاص فإن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما ثبتنا عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لأنه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفاً لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا يجمع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يتخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجة تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تاجر صاحب الكافي ههنا حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفتها لما في الكتب الثلاثة المعتمدة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والأسرار فإن صاحبهما من أساطين الأئمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكره قريشاً وبين ما ذكر في الكتاب بما نهى عليه آنفاً (قوله ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله (لهما أن الورثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقتلنا أنه فاسد بالنقل والعقل أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الصاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلا تنههم موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً لئلا تثبت للورثة (قوله وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص الخ) أقول هذا وجه للشافعي وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر ذكر ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور

من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا ولأنه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المقتوع وعصيته لكن لهما أن يقولوا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت الا ترى أنه اذا أوصى بثلاث ماله دخلت ديتته فيها وتنقضي منه دينه وكان على

(٢٧٧)

رضي الله عنه يقيم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى والثلاث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقتلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجرح وكاه مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه كالف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت سائر الورثة والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستقدا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا واصلها ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لا اتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقي مالا لانه امتنع عني راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكاه مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجة في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكرنا استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت سائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتم في القصاص أيضا لانه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيجب في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلاف دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا فاطمة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالخلاف فيه وقول المصنف في تيممه حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذا خلا في بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هنالك يثبت عندهم جميعا للورث الغير المقتول قبل موته وورثة من المقتول عندهما وخلافه عنه لا وراثة عنده أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتسني صدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليست أم ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم ما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نعمة في الظهور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فسادا فوق فساد والله الهادي الى سبيل

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزئ أن يسقط في حق العافي كلا كتبوت له كلا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقيين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أو رث سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقيين لتبوت من وجه دون وجه فليست أم ويمكن

توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالأنف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شيء جوابه

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد الغائب اقتصر من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك مجاروي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم والتماثل والتعاون وصنعاء الذين قصبها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت العصاة يرضى الله عنهم متوافرين ولم يسكر عليهم أحد في محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل يغير حق لا يتحقق غالب الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جرعة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعله أن لا قصاص فيؤدى الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذا كرم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع (٣٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المستتبعة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جماعتهم لقول عمر لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر

قال (واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعنى في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الجس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا متى يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثالا للواحد فكيف تكون العشرة مثالا للواحد وهذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركناه هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا نقض عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز مجاروي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبور بن قطاهر لان قول مصابي واحد وقوله لا يصلحان للعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجاع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم يسكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيره فافك ذلك ان قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيمحي ههنا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذا كرم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

رضي الله عنه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقربنة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى من جرعة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى من جرعة من جرعة القتل العمد والقصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بعنل هذه الأقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

(وقال الشافعي رحمه الله يقتل

بالاول منهم ويجب المال للباقيين) يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة أو جهة - بل الاول قتلهم وقسم الديات بينهم أو يقرع وقوله (وهو القياس في الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جمعة واحدا (الا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضى الله عنه (ولأن كل واحد منهم) أي من أولياء القتلى (فان قضاها بوصف الكمال لانه لا يتجزأ أصله الفصل الاول) فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة معاملة للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشبهتين انما تكون من الجانبين قوله (ولانه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقيين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها نوزعاً أو كلاً والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حشوا

قال المصنف (ولانه وجد

من كل واحد جرح صالح

لازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتل والذى تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال بخلاف التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المستتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احكام الحكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا يناسبه لانهم في ازهاق الروح الغير المنجزى كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظرا لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المنجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتى في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند اثبتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتل متعدي على عدد رؤسهم فصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا يناسب ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فاعلم يا سيدي فتد ذلك من دليل آخر ألا ترى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذلك هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال بخلاف التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلا نكون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقر في موضعه وأما ثانيا فلا نكون شرع الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بدية الكثائر كتنا القياس باجتماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا يتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العللين المستقلين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممنوع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لا يلزم الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولثلا يلزم الجنس الحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك أن الظلم والجنس انما يسند فاعلم يتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقاتل أن يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا دعي بينان الرب ملعون من هدم بينان الرب (لتحقيق الاحياء
وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله (٣٨٠)

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كعدد في النفس عندنا فانما قطع ابدافلاقصاص أصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمرأ حتى التقي السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض البدن فلا يقطع به كل يده وان أخذنا سكيناً وأمرأها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالنفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض البدن سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لاننا علم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم يقطع بفعل الآخر وقاطع بعض البدن لا يقطع كل يده قصاصا لا تنفاه المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعض وتترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا ككلا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزأ وقد

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لقوات محل الاستيفاء فأشبهه موت العبد الجاني ويتأني فيه خلاف الشافعي اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد فلاقصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذنا سكيناً وأمرأها على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها ويجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض البدن لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا تماثل في خلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع البدن المفصل في حيز الصدر لا تقتاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية البدن الواحدة وهما قطعها (وان قطع واحد عيني رجلين فخرأقلهما أن يقطع يده وبأخذنا منه نصف الدية بقسماته نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القرآن يقرع لان البدن استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق في الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القرآن البدن الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهم استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها نوز يعا وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا وحلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله فحشوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل نوز يعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كلابل يجوز أن يضاف كلا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لثلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمع جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء على كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذلك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتشبهان فيما اذا حضرا ولباء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا تعشبه لشيء منهما ما اذا لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء) وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمه القصاص وعجز حصول حكمته لا يتم أمر بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها المائة لا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولابعدده

وهو الباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد عيني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع عين أحدهما ويسار الآخر قطعت يدهما لا يقال تنفني المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعتبر في حق كل واحد منهما استوفاء وليس في ذلك نفوت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص جرحا وب عن قوله لان البسداستحقها الاول ونقر به ان
لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بتغيرته عنه واذ لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني ان حق الحاضر ثابت في البسدة ومن جهة الآخر
له في الاستيفاء موهومة عسي أن يعفوا ولا يحضر فلا يؤثر المعلوم للوهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
بالجميع له كذلك وقوله (لانه اوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فبقضى الآخر بالأرض وقوله
(واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد بالمد لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا ومحجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون
فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
ولهذا وقع طلاق زوجته
بالاقرار لوقوعه بالايقاع
واذا اقر بسبب يوجب
الحد يؤخذ به وقوله
(والفعل يتعدد بتعدد
الاثر) قيل فان الرمي اذا
أصاب حيوانا ومزق جلده
سمى جرحا وان قتله سمي
قتلا وان أصاب الكوز
وكسره سمي كسرا كذلك
يجوز أن يكون بالنسبة الى
محل عداو بالنسبة الى
آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
تسمية الفعل الواحد بأسام
مختلفة بالنسبة الى المحال
ولانواع فيه وانما الكلام
في أن يتعدد الفعل الواحد
فيصير فعلين متضادين
والاولى أن يقال معناه أن
الفعل بوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عني فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينه ما على التعاقب فتستحق
رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي ثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا
مستحقا قال (واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلا في حق
المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا أنه غير منهم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبق على
أصل الحرية في حق الدم علا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عدا فنفذ السهم منه الى آخره فنافعه القصاص
للاول والدية للثاني على عاقلته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فأصاب آدميا
والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا عمد به ولا عمدت به الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
القصاص في تلك الصور لا تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
نحن فيه ان الموجد من الواحد قتل والذى تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذى هو مبنى
القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكفى به ولعل صاحب السكافي
فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عاذته أن يقتل أثر صاحب الهداية (قوله
لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خطأ
ظاهر اذ قدم في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
ادى أو يظنه ربيبا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن
فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فأصاب آدميا
(قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق
جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا كذلك يجوز أن يكون

(٣٦ - نكته ثامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل
يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة
لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا امراد اثنان الخ خطر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجنابة في انسان مخالف لظن
الجاني كن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصد مطلقا كن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمي بالنسبة الى
المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لاحالة وانما قلنا مطلقا ليجزى من قصد قطع بدر جل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
ليس بخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتيلا بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبته غير مغزها ورعى الى شخص
فأصاب غيره مات فان ذلك خطأ لان قطع بدر جل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض التسمية ولا كذلك العمد والخطأ
(قوله وهو لا يكون الا امراد اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصد مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما)
أقول قوله أو لقصد معطوف على قوله لظن الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله لظن الجاني وفي قوله أو لقصد مطلقا

فصل ذكر حكم
الفعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب (ومن
قطع بدرجل خطأ
ثم قتله عدا) القطع
والقتل اذا حصل في
شخص واحد كانا على
وجهه أن يكونا خطابين
أو عديين أو يكون القتل
خطأ والقطع عدا أو
بالعكس فذلك بالقسمة
العقلية أربعة ثم إن كل
واحد منهما إما أن يكون
قبيل البرء أو بعده فذلك
ثمانية أوجه وكل ذلك إما
أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك
سنة عشر وجهاً فإن كانا
من شخصين بفعل بكل
واحد منهما ما وجب فعله
من القصاص وأخذ
الارش مطلقاً لاندخال
انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص
واحد فإيجاب موجب
الفعلين أو اهدأ أو اهدأ
مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله

فصل ومن قطع (قوله
ثم إن كل واحد منهما)
أقول أي من الفعلين (قوله
لأن التداخل انما يكون
الخ) أقول فيه بحث لكن
جوابه ظاهر فإن المراد
بالمحل هو مصطلح المتكلمين
وهو القاتل هنا فإنه الذي
يقوم به القتل

فصل قال (ومن قطع بدرجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرايداه أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرايداه ثم قتله خطأ أو قطع يده عدا فبرايداه ثم قتله عدا فانه يؤخذ بالامر من جميعاً)

بالنسبة الى محل عدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسماء مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بجينيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسماء مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث انه أصاب الكور لا يسمى جرحاً ولا قتلاً لا بل يسمى كسراً وكذا من حيث انه أصاب حيواناً ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً أو قتلاً وإذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامي باختلاف الأوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف سميات تلك الاسامي أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له ثم إن قوله وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين إن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك وإن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعاً بتعدد الاسامي تعدداً ناشئاً من تعدد السميات بالجينيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفاً ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سبباً للكفارة وهو لا يكون الأمر اثنان في الخطر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجنابة في انسان مخالف لظن الجاني كن رعى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان أولقصده مطلقاً كن رعى الى هدف فأصاب انساناً وكذا في نحن فيه والرعي بالنسبة الى المخالف لهما كالرعي الى المعين وذلك مباح لا محالة انتهى أقول في نحر جوابه نوع خلل فإن تمثيل قوله أولقصده مطلقاً بقوله كن رعى الى هدف فأصاب انساناً وكذا في نحن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرعي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعاً إذ كل من من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل في حكم الفعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع بدرجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرايداه الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عداً والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تداخل بينهما البرء أو لم يتداخل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرايداه في وضع هذه المسئلة مستدر كالتام جواباً وهو أن يؤخذ بالامر من جميعاً بدون ذكر ذلك القيد بل بهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرايداه بناء على أن تخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تداخل البرء ليس مؤثراً فيما اذا اختلف الفعلان فإنه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتداخل البرء فيما اذا تداخل ذلك أولى وهذا يدفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تداخل البرء كالجواب فيما اذا لم يتداخل فان تخصيص الشيء بالذكري الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فبدل على اشتراك ما عداه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلاربي وما نحن فيه من

(والاصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تنمي الأول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني تنمي الاول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفاً أو موحداً ويتخلل البرء فينذيعطي كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلاً لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعداً ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهم ما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانساً أجمع بالاجماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٢٨٣) بديه واحدة وان تجانساً عمدا فقد اختلف فيه قال

أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقال لا يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الامام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فإن شاء

الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار قالوا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذراً للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القودوهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل باقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذلك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنمي الاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخر لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانساً بان كانا خطاين يجمع بالاجماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة (وان كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقلوه وان شاء قال اقلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القودوهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القليل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذه الميز كذا في القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدتهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأً فيهما فلا بد في الأخذ بالامر من جميعا من تخلل البرء في الين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطاين وعلمه بتعليق باراء تعليلي أي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان أرض السيد انما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطع التوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطاين تأمل نفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كالوخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة بأي هذا الجواب جذا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحبه أيضاً يقولان به كالا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمسح رأساً للسؤال على الوجه المذكور نعم يراد أن يقال فامعني قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامر من جميعا وعلة

بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً أو موحداً) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لأن القصاص يبنى عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقلوه) أقول قال السكاكي وقبل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد لا يرى الى خلاف الامام (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان أرض اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطابين وتقرر به أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجزء القاطع للسراية فأرض اليد انما يجب بالجزء القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجزء في ذلك تكرارية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان المدمية على التغليظ والتشديد ولهذا تنقل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبأنه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وبرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لافي حق الأرض ولا في حق حكومة عدل وانما تنبى في حق التعزير على أصل أي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله (٢٨٤)

وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحه وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الأرض لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الأثر وهو موجود والأرض انما يجب باعتبار الأثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن إلا مجرد

ولان أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرض وان بقيت معتبرة في حق التعزير ففي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلاً مائة سوط وجرحه وبقي له أثر يجب له حكومة العدل) لبقاء الأثر والأرض انما يجب باعتبار الأثر في النفس قال (ومن قطع يدا رجل فعفا المظوعة بده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطافه ومن الثلث وان كان عدا فهو من جميع المال) وهذا عند أي حنيفة وقال اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجب وموجب القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفو عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه نعتد بالجمع متحقق في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفو عن نوعيه) أقول أسلوب النحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً لهم وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهم ولكن لا ينبغي على القطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهم

الأم وهو لا موجب شيئاً كالضرب بأم ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلاً يأتي قبل فصل الجنين وصار (قوله ومن قطع يدا رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس به فروعاً يحدث منه عند أي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا الجنى عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجناني الدية في ماله عنده وقال لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجب لان الفعل عرض لا يثبت فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجب وموجب اما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عنه عفو عنهم ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لا تخرا قطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عدا حدث بحب قتل واحد وان قتلهم خطأ يجب ديات قال المصنف (والأرض انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرة كأن قاتلاً يقول لما وجب أرضي النفس ينبغي أن لا يجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والأرض الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى وأدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراداً قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما اذبر أو لم يبق له أثر ما اذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرض الضرب وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يي حنيفة رحمه الله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن البذل لم يكن عفو ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفو فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للحد الا ان تركناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود فوجب الدية وقوله (ولانسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح (٢٨٥) ذلك والجواب أن المراد صفة

منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخترجة عن حقيقة كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضرب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزيق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتيلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب لقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفو عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناول

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للحد الا أن في الاستحسان فوجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود ولانسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناول العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشبهة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى الحد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً

بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضاً تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادي الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى الحد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً) قال جهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بديلاً عن كلام المصنف ههنا أن محمداً رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى الحد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشبهة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشبهة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداهة حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشبهة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناول كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور رد رج العفو عن الشبهة في مضمون

العفو وقوله (بختلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفو عن أرض اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشبهة عفو عن الدية اذا سرى عندهما وعند من أرض الشبهة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

يده عن القطع غير متعرض
للمعد والخطا ومنع الاطلاق
بأن قوله فعلى القاطع
الدية في ماله يدل على أنه
في المدلان الدية في الخطا
على العاقلة وأجيب بأن
الوضع مطلق لا محالة
والجواب انما هو واحد
فوعيه وتقريره فعلى القاتل
الدية في ماله ان كان القطع
عمدا وقوله (كالأوصى
بإعارة أرضه) يعنى اذا
تبرع بمنافع أرضه في
مرضه بإعارة وانفع
بها المستعير ثم مات المعبر
كان ذلك من جميع المال
لان المنافع ليست بأموال
وقه بحث من أوجه
الأول أن القصاص موروث
بالاتفاق فكيف لم يتعلق
به حق الورثة الثاني أن
الوصية بإعارة أرضه باطله
وان صححت فحكمه التهاؤ
يسكن الموصى له يوما
والورثة يمينان لم يقبل
القسمه وان قبلها يفرز
الثالث للأوصى له والثالث
أن المنافع أموال فكيف
صارت نظير المالمس بمال
والجواب عن الاول أن
المصنف رحمه الله تعالى
حق الورثة به لا كونه موروث
ولاتساق بينهما لان حق
الورثة انما يثبت بطريق
الخلافة وحكم الخلف
لا يثبت مع وجود الاصل
والقياس في المال أيضا
أن لا يثبت فيه تعلق حقهم

آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد
القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار ككما اذا أوصى بإعارة أرضه
ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجاز مجرى العمد في هذه الوجوه بما
يشمل العفوعن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة وهي العفوعن
القطع مطلقا والعفوعن القطع وما يحدث منه والعفوعن الجنابة لان هذه الثلاثة هي المذكورة في
مسئلة الجامع الصغير وأما العفوعن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم
ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذنا بما ذكره في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك
الطلاق) أى أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع بدرجل فعفا المقطوعة يده عن
القطع حيث لم يتعرض للمعد ولا للخطا فكان متنا ولاهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية
بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمد أقيده
بالمعد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث ونحو الاسلام والصدرا الشميد
وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالمعد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية
من الشراح فساووا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لان سلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد
بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده المدلان الدية في الخطا على
العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذا قيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو واحد نوعي القطع
فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم
هذا لا يمين ولا يغنى من جوع اذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان إجازة محمد القطع خطأ مجرى
العمد في أحكام هذه الوجوه وفافا وخلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان
الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك
نوعي القطع في الحكم اذ لو آذن ذلك باشترا كما هو في الحكم لآذن باشترا كما هو في الحكم المستفاد من
الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك
الطلاق فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية
فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن
المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق
الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم
الابعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم
عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الفنى وهو المال فالويل يتعلق
به لتصرفه فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به ولكنه موروث انتهى
أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجى
في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القاتل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند
أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة
منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تقرير هذا من
صاحب العناية في الفصل السابق و يثبت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض
فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا ما لنا الا عظم رحمه الله بل سبق الكلام فيه
على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

أغنياء خبير من أن تدعهم حالة تشكفون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلا يلزم بتعلق به لتصرف فيه فيتركهم حالة تشكفون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنته موروث لان الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرنا في شرح الرسالة في الفرائض وهو كاتري لا ينصرف في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما غيرنا عنه آتفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه (٢٨٧) اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقائل من

العاقلة والوصية للقائل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته وأجيب بأن المخرج لم يقل أوصيت لثلث الميت الدية وانما عفا

عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة رجل فتزوجها على يد فاما أن يقتصر أو يسرى فان كان الاول صححت التسمية وبصر الارش وهو خمسة آلاف درهم مهورا لها بالاجماع سواء كان القطع عدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارض يصلح صداقا وان كان الثاني واليه أشار بقوله ثم مات فاما أن يكون القطع خطأ أو عدا فان

أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلة الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهورا

لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القائل واحد من العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القائل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقائل قلنا انما جاز ذلك لان المخرج لم يقل أوصيت لثلث الميت وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جاز للقائل الا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا ترى أن الهبة عقد محرم والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المخرج للقائل كعدم صحة وصيته فلا يجدي قد حاق بما ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهورا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العمد القصاص قضية لا طلاق قوله تعالى والمخرج قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والمخرج قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبي عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا تصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل بذكر عدا من غير الفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيمدون النفس بعدد الاستدلال بقوله تعالى والمخرج قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عدا من الفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا ينسدرج في قوله تعالى والمخرج قصاص ولزم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور عما اذا قطعت المرأة بذكر فتزوجها على يده فاقصر القطع فانه تصح التسمية فيه وبصر الارش البدن وهو خمسة آلاف درهم مهورا لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزا جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فاما المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا كان الزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهورا

(قوله الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية (قوله لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لا سماعي تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر ا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
ههنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارض خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون (٢٨٨) هو المهر ا يجب بأنه ليس بمنع لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون

مجهولا واذا لم يصلح
القصاص ولا بدله مهرا
يجب مهر المثل وعليه الدية
في مالها فان قيل قبول
الزوج يتضمن العفو
والعفو لا يتضمن فلا يجب
عليه الدية اشارة الى الجواب
بقوله (لان الزوج وان
كان يتضمن العفو ولكن)
فيما نحن فيه يتضمن العفو
(عن القصاص في الطرف
واذا سري تبين أنه قتل
والعفو لم تعرض لذلك
فوجب الدية في مالها لانه
عقد) والعاقلة لا تحمل العقد
(والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه) يريد به قوله
لانه هو الموجب للعقد

(قال المصنف لاسماعي
تقدير السقوط فيجب
مهر المثل وعليه الدية في
مالها) أقول فانه لما مات
المقطوع يده بالسراية سقط
قصاص الطرف وبدله
أيضا وهو الارض فان القطع
كان قتلا فيجب جزاء القتل
لا القطع فوجب قصاص
النفس ولعل هذا هو الوجه
في توجيه كلام المصنف وبه
تندفع الشكوك والادغام
في هذا المقام (قوله

لا سماعي تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليه الدية في مالها لان الزوج وان كان يتضمن العفو
على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين أنه
قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية وتجب في مالها لانه عقد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه

منهم الى الامام فاضحيان والامام المحبوبي وقالوا اشارة الى المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل
هو القصاص في العقد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة أيضا لزم ان يكون الزوج في صورة الاقتصار
أيضا تزوجا على القصاص فليزم ان لا يتم ماصر حوايه من صحة التسمية ولزوم الارض مهرها بالاجماع
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين
الرجل والمرأة هو الارض وأرض اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع ان يكون هو المهر ر قلنا أرض
اليد ليس بمنع لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول في
جواب هذا السؤال أيضا نظرفانه ينتقض أيضا قطعا بالزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرض اليد
يصير مهرها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهة الناشئة من عدم تعين أرض اليد هناك
أيضا ثم أقول لو قال المصنف في تعليل صورة العقد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها
من أنه يكون هذا تزوجا على أرض اليد اذا القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العقد
أيضا عندنا واذا سري الى النفس تبين أنه لا أرض اليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان
سالماعن أن يرد عليه السؤال الان المذكور وان لم يحتج الى جوابيهما المذكورين في الشروح المختارين
كما بيناه آنفا (قوله واذا سري تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم
يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كنه تزوجها ولم يذ كر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت
زعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة
القصاص انما استوفى عن نفسها لنفسها وذلك محال لان الانسان لا يمكن من الاستيفاء عن نفسه
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول
لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول
المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود فلم يبق
محل للسؤال عن اية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص السيد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سري تبين أنه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج (الخ) أقول بل السقوط ههنا عت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على واذا
القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن
يقول عن نفسها (قوله ا يجب بأنه ليس بمنع لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آنفا من قوله
وبصير الارض وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجهة لا تمنع فيما سقط لانها لا تنفي الى المنازعة وذلك وجه الصحة في ما مر

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل نرده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تنجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عدم فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خرا أو خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فن الحال أن ترجع عليهم بموجب جنابتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

للهالة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها (وقوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا الحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي والعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما به دحل الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من صورتين التين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مال هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكرناه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه للعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاتيتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيره فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث تسقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساوبا) وان لم يتساوبا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص المحادها وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لادية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) (٢٩٠) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد

وما يحدث منها أو على الجنابة وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والألفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتصه من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليه وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقيد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فلا اتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجبا)

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجنابة كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأ عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فانه ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استوفى اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سري ومبارأ أو عفا وما سري أو قطع ثم خزقته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعاً واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العنابة على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذاك بشئ اذا وجه لتقيد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف هما ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاؤا خلافاً لما ذكر في عامة الكتب من التوتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجنابة لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العنابة لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه تذاكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا محرم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي مفصلا ومردلا فلا يلغو بيان ذلك الشارح انما ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكتفي في سقوط القود لانه لو ثبت شبهة وبذلك تسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا منه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لا يجاب السراية له بعد علة الضمان عليه فصار كالوشهدا على رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحسرة كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غير انه يكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حقه فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذا الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف) (٢٩١) وماسرى) جواب عن قولهما

أو ما عني وماسرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ قائم بمرعوى بالفسق وأما صاحب الاسرار فنه وقال لا نسلم أنه لا يلزم ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرفنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فأت من ذلك فإنه لا شيء عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل فأت على القاطع فأت لشيء على القاطع

وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ومالك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وماسرى قلنا انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حرز قبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضاً بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبراغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الواقع ظاهرا كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحقت شبهة ثم ان الفراغ مما وراءه القطع لا يقتضي الابراء عنه أيضا الجواز أن يفرغ منه ظاهرا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقت شبهة بعددشها فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه وانما يتبين شبهة أن يكون العفو عن القطع عفو عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئله فافترا تأمل فان هذا معنى عميق ورفق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فأت كما صرح به في الكافي وعمامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البراغ والحجام منادون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكف فيها) أي في المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما في غير الامام من المسائل يعني البراغ والحجام فان الفعل يجب عليه ما بعد الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعهما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أي حنيفة على أننا نقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا وبعد البرء الثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كالاخي (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو لمغو الاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

(والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحرب وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أي الاباحة فاشبه الاصطباذ ولورى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطوب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الأب فمات وقاطع يد حربي أو امرئ تأسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير الركب اذا انقفت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهما يجب اذا سرى وأجيب بان في الثلاثة الاولى حصل (٢٩٣) سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته

والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحرب وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطباذ

باب الشهادة في القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الذين يكون لابيهم على آخر

تلك المسائل أيضا ولا يجدي التثبت بالغلب نفعها لان قوله بعده والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة لا يتشبه في تلك المسئلة اذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضا بان يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كالو قطع بنفسه وفي ذلك لضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تسلك بجهة العفو من الوارث حال حياة المورث استسما كما أنه ليس لهم ذلك بجهة العفو من المورث المجروح استسما لئلا تدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينفذ جهة على أبي حنيفة وما تمسك به ينفذ جهة عليهم فكيف يتحقق التدافع بين ذين التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشني ودرك النار والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار ائقاده سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فأبو حنيفة قراعي فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال بشرط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياالا لدركه وراعي في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بجهة

لم يجب عليه شئ فكذا اذا أذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالمك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتل ولا واپس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السرية يصير قتل من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتل من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه بما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل

لها

ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الذين يكون لابيهم على آخر

(قوله أو امرئ تأسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالمك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على كان المنفعة كالركوب دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لأبي حنيفة تمسك به صفة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهم ذلك بصحة العفو من المورث المخرج استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السب قد تحقق فصح من كل منهما ذلك وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي واستدل لهم على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا وانقلب ما لا يكون الميت تقضي به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولا يبي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن ثبت لمن يحلف ابتداء كالعبد إذا اتهم فإنه ثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لتكوينه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن ثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كما وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لأنهم يجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قاله الإمام (٣٩٣) المحبوبي لأنهم ما زعموا أن القود قد سقط وزعمهم مامعترف بحقوقهما

لهم في الخلافة أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا وانقلب ما لا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص ثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنهم من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كما وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى المال ولا يمكنه إثباته بالإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بن رجلين قتل عدوا أو أحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهداثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهداتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغميا وهو انقلاب القود مالا

العفو منه احتمالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتج عليهم ما لو أخذوا لصحة العفو من

(قال المصنف لهم في الخلافة أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير الصدر الشهيد لهما أن القصاص يصير مملوكا للقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة ثم في الدين لاتعاد البينة كذا هذا ولا يبي حنيفة يبي ولكن فيه

شبهة ثبوت لهم ابتداء لأن الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو ثبت لهم ابتداء تعادله البينة فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طريقه الخلافة دون الوراثة حينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الإمام الترمذ لا يبي حنيفة روجه الله أن في القصاص شبهة ثبوت ابتداء لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا تقضي منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث وكذا وانقلب القصاص مالا كان حقا للقتول تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الإمام أبي حنيفة روجه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الوراثة ابتداء من وجه وذلك لأنه شرع لنفسي ودرء الناس وهاحق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لأن الميت لا ينتفع به ومن حيث أنه بدل النفس حق الميت ولهذا وانقلب ما لا تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه إلى آخر ما ذكره قال الإمام الزبلي في قوة تعالى ومن قتل مطلوما فقد جعلنا وليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهم ما ذلك) أقول يعني ليس لهم ما تمسك كأي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك وقوله كما أنه ليس لهم ما ذلك الخ يعني لتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة التمرناشي

وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) يتأني فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهد وعليه جميعا أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهد وعليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أولا هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهم لو صدقا فهاهما ضمن القاتل للشاهدين ثانی الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للشهود وعليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو وصار كالمؤنب ذلك عينا وقوله (وان كذبهما) أي كذبهما القاتل (٣٩٤) والمشهد وعليه أيضا (فلا شيء للشاهدين وللشهود وعليه ثلث لدية) لما ذكر في الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهد وعليه وحده) يعني وكذبهما القاتل (غرم القاتل للشهود عليه ثلث الدية) لا قرار له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصر في ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يترمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للشهود عليه بثلث الدية لزمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقررا لهما عما أقر به القاتل فيحوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنك اقلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال

(فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعي سقوط حق المشهد وعليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا هو هذا لانهم ما أقرأ على أنفسهم ما يسقط القصاص فقبلوا دعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الابحجة وينقلب نصيب المشهد وعليه مالا لان دعواهما العفو وعليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهد وعليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهد وعليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للشهود وعليه لا قرار له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضرب به فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالتثبت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فندير (قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء أي وان كذبهما المشهد وعليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد وعليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا حينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكر في شرح المقام على أنهم ما فهم أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا بيان الكلام المقدور في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شيء لهما فانهم ما جعلوا فاعل كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ضميرا راجعا الى المشهد وعليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدره في عبارة الجامع الصغير فتقدرها وان كذبهما المشهد وعليه فلا شيء لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفي النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا مقدره قيمه فتقدرها وان كذبهما القاتل فلا شيء لهما اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا لكن ليس ما ذهب اليه بسديد أدباً بانه قطعاً قول المصنف معناه لان المقدور لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار ما جرد قيداً أيضاً في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فراءه على النسخة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضاً أي مع المشهد وعليه كما أن معنى قوله

(واذا شهد الشهود أنه ضرب به) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احتزبه عن الخطأ وتاويله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أي المشهد وعليه وفي بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاحجية بنوع مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالضمير هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون ولا شيء لثالث الدية (قوله وفي بعض النسخ الى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٣٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قد ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قد ضرب غير فاصابه وأقول هــ هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدان (القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهد في الاموال يمنع عن الحكم بها في النفوس أول وقوله (لان المطلق يغار المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شئ قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح قال (واذا اختلف شاهدان القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عدو الاول شبه العدو ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغار المقيد قال (وان شهدا أنه قتله وقال لا ندري بأي شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه

فما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيدان متوابع بعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح) قال في الكفاية وانما أول لتسكون المسئلة بمجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير أن كان قولهم ما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جهور الشراح فان قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قد ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قد ضرب غير فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا افعما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صرح في أن تصریح الشهود بذكر العمد ليس بالازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده بالزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عدو الاول شبه العدو ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالآلة غير القتل بالآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجل وأتمل أما كونه أجل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمدا يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء به الاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره الحبيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا لا احتراز عن الخطأ مما بعد لغوا بل خطأ لا يهمل خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله
بالسيف لكنهم يقولهم
لأندرى اختاروا حسبة الستر
على القاتل وأحسنوا إليه
بالاحياء وجعل كذبهم هذا
معقوا عند الله لما جاء في
الحديث ليس كذاب من
يصلح بين اثنين فبتأويلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة
فقبل شهادتهم وهو معنى
قوله (وأولوا كذبهم بظاهر
ما ورد باطلاقة) أي بتجويز
الكذب وقوله (وهذا في
معناه) أي ستر الشاهد على
المشهد وعليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع أن العفو
مندوب إليه ههنا كما أن
الاصلاح مندوب إليه
هناك فكان ورود الحديث
هناك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو
مندوب إليه ههنا الخ)
أقول ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والا
فهو تناول وجوب غيث
لا وجوب للقصاص لا عفو
منه ويمكن أن يقرر هذا
البحث بوجه آخر بأن يقال
انه لا يكذب للعفو لانه فرع
وجوب القصاص والظاهر
أن يقول بجامع أن الستر
مندوب إليه أو يقال هذا
اصلاح معنى حيث يخلصه
بهذا الكذب عن القتل
الذي لامضرة فوقه وأي
اصلاح يعادله وأنت خير
إذا قيل مراده من العفو
الدرء لا يدفع المحذور

الناس كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالأجل الأول ههنا معنى
الايهام والثاني معنى الصنيع وهو الاحسان ثم إن كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما
يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لأندرى ما يسي قتله اما صادقون أو كاذبون
وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم لأنهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه أنهم جعلوا
عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم يقولهم لأندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالاحياء
وجعل كذبهم هذا معقوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي
بظاهر ما ورد بتجوز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا لادور وما ذكره على وجه الاستحسان
اصلاحا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من الهذو في صورة ان صدق
الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه
الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر
منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة
بل كانت شهادة كل واحد منهم يقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول
الفقه فحمل على الأقل المتيقن فيجب أقل موجبه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا
يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا
قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كون مراده بكلامه هذا هو الجواب
عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على
تأويلهم كذبهم عما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
بل لا يكون له مساس بالجواب المذکور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام والحق عندى أن قول
المصنف ولانه يحمل اجالهم في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره ونطبقه للقام بأدنى
تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذکور في الكافي وغيره
وهو أن الشهادة بالوجه المذکور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور
الشراح أي ستر الشاهد على المشهد وعليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه ههنا
كما أن الاصلاح مندوب إليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان
المنسوب اليه في باب القتل انما هو عفو أولياء القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود
وكان الافضل لهم أن لا يشهدوا وأساسا يتعلق بالقتل كما في الحد وفلزم أن لا يوجد الباعث على
ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب
الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والافهو تناول وجوب غيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والظاهر أن يقول
بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة
مندوب إليه وكان درءه مائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عمد الكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل
أصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا ثم ان ورود هذا على ما عده
أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب إليه لكان الافضل للشهود أن يستروا طربان لا يشهدوا

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا (٢٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) (واذا أقر رجلان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا فله أن يقتلها ما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رى مسلما فارتد للمرى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراى الدية عند أبي حنيفة بالقتل أصلا كما في الحد ودفعه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب العناية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بالاتلاف بعض النفس والقصاص يجب بالاتلاف البعض كما يجب بالاتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلها وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلناه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقربه لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقربه يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعموا وبنا عليه معنى المقام وأضافه مر أن الأصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بالاتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلناه جميعا في بعض ما أقربه وهو القتل وكذبه في بعضه الاخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولى أن يقتلها جميعا وان رد افراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رى مسلما فارتد

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراى الدية لورثته المرند عند أبي حنيفة

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء الضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالغصوب منه اذا أعتق الغصوب فانه صار ميراثا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار ميراثا (كما اذا أبراء) أي الرامي عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم (ولاي حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذا لفعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمي والرمي اليه فيه امتقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان رده بعد الرمي لا يحرم لان فعله ذلك شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب بما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الديه) أي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم الحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونوفض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فبان وجب الجزاء على الرامي وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت الاثني الثلاثة لان التلف حصل في محل لاعصمته فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبراء بعد (٢٩٨) الجرح أي عن الجناية أو حقه وكما لو أبراء عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرامي عن موجب كما اذا أبراء بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذا لفعل منه بعده فمعتبر حالة الرمي والرمي اليه فيه امتقوم وله ذاتعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم ردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ووجب الديه (ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم الحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير ميراثا للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الاسلام انتهى وفي شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسرية كالاعتق لا باعتبار أنه صار ميراثا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا) أقول قال الاتقاني

(قوله وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرامي عن موجب (قال في العناية الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار ميراثا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتدان الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميراثا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيان والتمرناتني والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقولوا في الجواب عنه اننا لا نريد بالبراءة في قولنا انه بالارتداد صار ميراثا حقيقة الأبراء بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لانه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعا سواء طابق اعتقاده

هذا لا يصح لان عنده يعني عند المرتدان الردة لا تبطل التقويم فكيف يكون ميراثا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبراء) أقول أي بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الديه ويجوز أن يكون المراد بالبراءة العفول لكن الاول أنسب للقيام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيدا عليه لصورة النزاع بخلاف ما في دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شيء (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا) أقول قال الكاكي في معراج الدراية أي في قول أصحابنا وقال الشافعي وأجيب عليه في المرتد والحربي اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما المديه لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا الرمي بسبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر ثورا الحربي فوقع فيه بعد اسلامه وقتلنا ان الرمي لم ينقطع موجبا للضمان لان الرمي غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصحابنا اعتبروا حالة الرمي كافي هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجي وكذا في مسئلة الذمي ثم تجس وكذا في مسئلة المحرم الا أنهم ما يقولون في مسئلة رمي مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميراثا للرامي عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميراثا للبراءة انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير ميراثا لان عنده الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميراثا عن الضمان كذا في جامع قاضيان والتمرناتني والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكي الان قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبوع ذلك بعض نبوة

(وانرى عبد افاعته مولا ثم وقع به السهم فعليه قيمته للولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تادى به لان العتق قاطع السراية لا شبهة من له الحق لان المستحق حال الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار (٢٩٩) العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقعدة وانما يضمن النقصان وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنقص به اقيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أى فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى ولو لم يمانه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما قاتلا والعياد بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالنسابة وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى قوله (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا محمد من صورة الجرح والقطع

قال (وانرى عبد افاعته مولا ثم وقع السهم فعليه قيمته للولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع السراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للولى وبعده السراية ولو وجب شيء لوجب للعبد قصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرأى عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجعهما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرر بالمألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجعه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر في الاسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان اختلفا عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مرأب حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما نصا مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للولى انتهى أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافى العصمة الا أنه ينافى كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه ما قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المصنوب منه اذا عتق العبد المصنوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الاخر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا أسديد لانه مع كونه ظاهرا للفساد اذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صرح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الاراء انما يصح بعد انعقاد السب بخلاف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الآن المرمى اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرأى عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وقوله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المصنوب منه الغاصب باعتاق المصنوب على ما ذكرنا الآن أبا حنيفة يقول ان قوله لانه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

استشهادا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيما يوجب قطع السراية لا خلاف في نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عند وقت الرمي فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الاراء بعد تحقق السب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم اثر منه في المحل وانما تنقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة (٣٠٠) يعني ويقول بالدية تنظر الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
احدى موجبي الجنابة
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسبته محاسب القصاص
والدية مصدر من ودى
القاتل المقتول اذا أعطى
وليه المال الذي هو بدل
النفس كالعدة من وعد
قال (وفي شبه العمدية
مغلطة) شبه العمد قد تقدم
معناه وحكمه الدية المغلطة
على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

كتاب الديات

قال الزبيدي الدية هي اسم
لمال الذي هو بدل النفس
ومصدر يقال ودى القاتل
المقتول دية اذا أعطى وليه
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للفعول بالمصدر
انتهى والاولى أن يقال
الدية هي المال الواجب
بالجنابة في نفس أو طرف
(قوله لما أن الدية احدى
موجبي الجنابة المشروعين
للصيانة) أقول فان قيل
اذا كانت الدية احدى
موجبها ينبغي أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما نقلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والسداية فتجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة تنظر الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المحبوس صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق المحل والحزمة اذ الرمي هو اذ كاه فتعتبر الاهلية وانسلاها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا اقرقا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدية مغلطة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الرد لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضخان والتمرنائى والمحبوبى انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجب وكذا في مسئلة الرمي ثم تجس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجي والآنهم ما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميرثا للرامي عن الضمان ولهذا قال لا يصير بالارتداد ميرثا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير ميرثا لان في اعتقاد المرتد أن الرد لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن الضمان كذا في جامع قاضخان والتمرنائى والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لمتوهمهم أن هذا الكلام يناق ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجنابة في الآدى المشروعين لصيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول بردي على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كلقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات ليكون كل منهما موجبا للجنائيات لأن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعاً وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم أعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على

قال

كتابها في باب مستقل ولا تجعل كتابا على حدة قلنا نعم لأنه نظر الى عموم مباحثها وعموم موارد ما كثرة الاختلافات فيها ولهذا أعزونا محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيره

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدّم القصاص على الديان ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديان والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديان ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديان فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا تمكن فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل ذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتل جعلها ديان وقال في الصحاح وديت القتل أديته اذا أعطيت دية وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارض اسم لا واجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللعنة الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاحين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذراعين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر آفاقه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابله الأذى أو طرف منه سمي به لان ما يودي عادة لانه قال ما يجري فيه العفو لعظم حرمة الأذى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلانه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف فخر بالمصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الاول لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة ولم يذكر كذا في الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بأخر هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وقرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص الفهرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بعقدهم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى فخر برقبة
مؤمنة) الى قوله تعالى فن
لم يجد فصيام شهرين
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير أو الصوم
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى القام وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلوم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل الأثرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيتة أن يقول وعبدى حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يحتل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مراداً (٣٠٣) لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزئه رضيع أحد أبويه) لان شرط هذا الاعتناق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذا الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فخصم برقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكري في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ المذقتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تقرير عدم اجزاء الاطعام على ما قبله كلاً ما تحتل اذ يكون المفرع عليه ان الدليل لا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تقرير المدعى على الدليل فلا يجرم بصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كالا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تقرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاً ما مبتدأ مطلقاً بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تقريره أصلاً (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلوم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل انتهى أقول يشكك هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مراداً لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكري أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتل خطأ المذقتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكري فيه الكفارة ومع ذلك قلتم وجوب الكفارة لاننا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر أو نقول لانسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابيه نظراً ما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده فيما نحن فيه مصر الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً بل يلزم أن يكون مستدركاً وأما في الثاني فلان اللازم للجيب دفع النقص عما ذكر في الكتاب لانه هو مورد السؤال ولا شك أن ما ذكر فيه مبقى على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للصير اليه هنا كما لا يخفى

ولان خلفه وهي الخواص من التوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتل خطأ المذقتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال السكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب أخجاسا (وذلك) أى كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابى خفيفة وابى يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع ومارو به غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفه وقال ابن مسعود بن مله ما قلنا أر باعوا الرأى لا مدخل له في التقادير فكان كالرفوع ويصير معارض الماروياه وإذا تعارضوا كان الاخذ بالتيسر أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٣) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وقال سفيان

الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أى الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطا الى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فإزداد على أسنان دية الخطا يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جنابة وجدت منه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولو لم اذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه بأبي التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب العسر سواء ولا دلالة لثلاثي بطل المقدار الثابت بصرح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ومارويه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخجاسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور أى أن يكون الصيام كل المذكور ونسبه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحريم رقبته مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أى ولكون ما ذكرناه من التحريم والصيام كل المذكور (قوله) ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقاتل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنابة شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرا أيضا في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لا تنفاه ما هو المعبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله) وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الآن أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطا مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض وذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخجاسا) قبل منصوب باضممار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في منها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا بما أقره (قوله) وذلك أى كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول اثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول كمال في الغلظة (قوله) لانه بأبي التغليظ) أقول ولثلاثي بطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

اكن ما قلناه أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخطا على معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنساء أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم فتعارضوا فيحتاج إلى تأويل بل ذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن (٣٠٤) وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك معهما والجواب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا

(قوله والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتقاني أي الجهة على الشافعي قول

ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا على معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما رويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكروا غاية البيان وغيرهما من الشروح والمقادير لا تعرف إلا سمعا فكان كالرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضه فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرخاء فيمارواه ابن مسعود نعم كون ما رواه أليق بحال الخطا كونه أخف يصلح أن يكون من بحال ما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الأبل في دية الخطا ونحن رجعنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا على معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرخاء وبالجهة في تحرير المصنف هنا فوعر كأكوة وكان صاحب العناية تتبعه حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه لم يكن ما قلناه أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخطا على معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال إذا ظاهرا أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به يعود لقوله وهذا أقول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بأن لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذا للمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

ابن مسعود وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين) قال إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا أقول قال الزبلي وإذا جمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوجه وقال الزبلي كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا الواحدة منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الاثلاث وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قبض وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كلوصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كلوصالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى (٣٠٥) أهل الحلل مائتي حلة (ولا يبي حنيفة أن

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة) كما رويناها (وعندنا في غيرها) فان قيل فليحق بهادلالة قلنا حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعادل) أي في معادل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث ووجه وروده أن محمد اذ كرفي المعادل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة وعندنا في غيرها وذ كرفي المعادل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غايه البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كلوصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كلوصالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما باله - م صور واطهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المصنف وحصر وافية بكلامه انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قوله ما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الاثلاث المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الاثلاث الثلاثة (قوله وذ كرفي المعادل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعادل أي في معادل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث ووجه وروده أن محمد اذ كرفي المعادل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصح شبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع شبهة بحمل رواية

(٣٩ - تكمله فامن)

لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر شبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعادل على أنها قولهما ما وجعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقال منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحخير القاتل الا فيما يخلف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر شبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالرفوع اذا لم يدخل الرأي فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انه تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبار اربابها وبالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار اربابها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيه من قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثرا لها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراق أنت فقلت لابل جاهل مسترشد أو عاقل مستنبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والجهة عليه

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على ما رضى الله عنه وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضى الله عنه والجهة عليه ما رويناه بعومه ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار اربابها وبالثلث وما فوقه المعاقل على أنها قولها ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منها حيث قال ولا أرى محتمة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر أنفاً انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات انما ينافي محتمة لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند فائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أغنى رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أغنى البقر والغنم والحمل في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء يدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قوله ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وانما يصلح لان يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لان ما له الى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الاول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والالاتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر فقههم (قوله ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار اربابها وبالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار اربابها وبالثلث وما فوقه لثلاثين مخالفة

ما رويناه بعومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى ولرجال علمين درجة ومنفعة أقل لا يتمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار اربابها بالنفس وبالثلث وما فوقه لثلاثين مخالفة التبع للأصل والحديث المروي نادرو مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنه يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالرفوع على ما مر مراراً لا مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضى الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذي سواه) دية الذي كذبه المسلم رجالهم كرجالهم ونسأؤهم كنسأئهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدلل الشافعي بقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ويقول تعالى أفن كان مؤمنا مكن كان فاسقا لا يستويون ويقول صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الاقوثة وبالاقوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبأن الرق أثر من آثار الكفرو به تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الإيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالاقوثة والرق من حيث النقصان في المالكة فإن المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق وجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في الماسكية فكذلك والدية ولا يرتب أحد أن نفس كل شخص أعز من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا تلف في النفس أولى وإن لم يكن لنا في المسئلة إلا ما روى الزهري أن دية الذي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته أنما بذلوا الجزية لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٣٠٧) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى

فيما قتل عبائة من الأبل
لأن لنا من الظهور وفي
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس
ذكر ما هو متبع لها وهو
مادونها قال (وفي النفس
الدية وقد ذكرناه) وأعاد
ذكر النفس في فصل ما دون
النفس فعميد الذي كرما بعده
وقوله ذكرناه يعني في أوائل
الجنائيات ومعنى قوله في
النفس الدية يجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في
النكاح حل ومنه قوله
عليه السلام في خمس من الأبل
السائمة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواه) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان اللازم اذا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنائيات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لا نمنه كل ما لا ياتي له في البدن عضا كان أو معنى مقصودا يجب بانلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالأنف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وتدي المرأة والاثنتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاستنان (والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجبال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو أله الخصى والعينين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء أو السن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جبالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا تلف الكامل فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث ميبنا للراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقص بالمرأة لتبوتها بالآثر

فصل فيما دون النفس (قال المصنف وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها تبنا وما باردا اذا وقع في العين والسن والقلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً بعضواً واحداً فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قبل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جلة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

لاتلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الأرنيسة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام تنفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكرا لانه يفوت به منفعة الوطء والابلاذ واستمسك البول والرحي بهودق الماء والابلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كلمة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به يتفقد بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه)

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضاً تحقيقاً للنسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقتل سائر عياله غير اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فألحقناه بغيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظير لانه من أقصى الخلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والياء وغيرهما ما ذكرناه وهو الالفاظ التي يتجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الخلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذوا وسط سألوا خرقوا الحرف الذي يتجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فقتل صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتجى بها أسماء مسميات الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلام كحقيقة صاحب الكشاف في

من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ما عرف فالجيم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ اب ت ت فكلما قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو جب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يقتصر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا ينهيا فيجب الامتناع بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدق الخافى أو استخلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانسكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فان أجاب علم أنه لا يسمع وحكي الناطقي عن أبي حازم القاضي أن امرأة قطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها جأ غطي عورتك فاضطربت وتساوت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه مال رائحة كريهة فان نفعه علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعنى ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادوية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبذا يدفع ما قبل لومات من الشجة لم تلتزم الادوية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استنباع دون عدمه وعلى ذلك ما روى عن عمر كاذ كرفى الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يعوت به منفعة الجمال فالو الحق رأس انسان أو لحينه لا يطالب (٣٠٩) بالديانة حالة الحق بل يؤجل سنة

لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شئ على الخالق وقال فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كفى الاذنين الشاخصين) أى المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (انه يجب فيها كمال القيمة) هى رواية الحسن عن أبى حنيفة اعتبروا بالديانة في الحر لغوات الجمال (والتخرج على الطاهر) وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويقوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والهدى) يعنى كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذلك اذا حلقهما عدا قبل وصورة خلقهما خطأ أن نظنه مباح الدم خلق الولي لحينه ثم ظهر انه غير مباح الدم قبل موجب القصاص موجود اذا كان عدا اذا المانع عنهما مع الامكان واجب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلفت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيه حكومة عدل لان ذلك زيادة في الاذى ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تقويته على الكمال فوجب الدية كما في الاذنين الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقه يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبى حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخرج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصارت بعض أطرافها (ولحية الكوسج) ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ في حلقه (لان وجوده يشينه ولا يزينه) وان كان أكثر من ذلك وكان على الخدود والرقبة جيعا لانه غير متصل فيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد الميت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق أثر الجناية وبثوب على رنكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبى حنيفة أنه لا يجب شئ في الحر لانه يزيد به جمال وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غيرا وانه يشينه ولا يزينه ويستوى العبد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الخاجين الدية وفي احداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رجهما والله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجهور الشراح انما عددوا الالف ونظائرهم من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتبعى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب المكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح هنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى فان قلت لم يربطوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعلى سر ذلك أن لفائف من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجبروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تنقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناق في سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلاثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

لأن ثبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المتصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تقويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما توهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

(قوله يعنى ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أى ليس في الشعر روح

قال (وفي العينين الدية) الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشعار جمع شعر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً وأولاه قال ذلك دفعاً لتخطئه من خطأ محمد في إطلاق الاشعار على الأهداب قالوا الاشعار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهم والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الأنف الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن حزم وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن في تقويت الاثنين من هذه الأشياء تقوية جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تقوية أحدهما تقوية النصف فيجب نصف الدية قال (وفي يدي المرأة الدية) لما فيه من تقوية جنس المنفعة (وفي أحدهما نصف دية المرأة) لما يمتثل به الرجل حيث يجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تقوية جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لقوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي أحدهما نصفها) لما يمتثل به (وفي أشعار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للجواردة كالراوية للقرية وهي حقيقة في البعير وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين أذ هو يندفع بالهدب وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة) لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصة قال (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل أصبع عشر من الأبل ولأن في قطع الكل تقوية جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والأصابع كلها سواء) لا إطلاق الحديث ولا تناسوا في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفاصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال (وفي كل سن خمس من الأبل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الأبل والأسنان والأضراس كلها سواء لا إطلاق ما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاصل كالإيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عدافه القصاص وقدم في الجنائيات قال (ومن ضرب عضواً فذهب منفعة ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها)

لجواردة من ذكر المحل وإرادة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فإن في تقوية كل واحد من المحل والحال تقوية جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بأزاء كل أصبع اغما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفاصلان كان لكل منهما نصفه وقوله (والأسنان والأضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء ويقال والانياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سناتسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضر من الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج والذي قسم لحسنه على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة (قوله) والأسنان والأضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء أو يقال والانياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سناتسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضر من الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ

الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء فإذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب تقويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق به وجوب كل الدية هو تقويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لانسل) أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم فى خلق الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستنباعه الآخر فيكون المحصر فى غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود فى عضولا يكون المقصود منه المنفعة وأما إذا كان فالجمال تابع الأثر أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لالدية لان المقصود باليد

(٣١١)

من حيث تقويت الجمال فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع فوجود المستتبع أولى وقوله (لتقويت جنس المنفعة) يعنى منفعة التسيل وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قبل وفى نفسه وقوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة

فصل فى الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى خلق الحاجبين) أقول ولأن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويقرقه ذكره الكاكي لكنه

لان المتعلق تقويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتقويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاشى عليه) زوالها لا عن أثر فصل فى الشجاج قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تخرص الجلد أى تحذشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر بالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيتها فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاء أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فإنه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بعمل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس نعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الشيا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيره ما يعنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الاراد على ما فى الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والشيا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المتوسط فصل فى الشجاج لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله اسما وحكما ذكره فى فصل على حدة كذا فى الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل فى قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التى هى نوع من أنواع مادون النفس فى فصل وذكر سائر أنواعه التى سبقت فى الفصل الا فى فصل آخر أيضا كان أحسن وأوفق لما هو المعتاد فى نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهى التى تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذى ذكره المصنف وان وقع فى كثير من الكتب المعتمدة من الفقه كالبداية والكافى وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدرورى فى مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به فى شرحه لمختصر الكرخى الا أنه منظوره عنده لانه يخالف ما ذكر فى عامة كتب اللغة الموقوفة بما فاته قال فى المغرب الدامعة من الشجاج هى التى يسيل منها الدم كدمع العين

كلام على السند (قوله لا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لالدية) أقول ولأن تقول انما لا تجب الدية فى اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة لا يرى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكل الزينة لم يكمل الارض بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يحب شئ بتقويته والله تعالى أعلم فصل فى الشجاج (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث الاول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدامة والأول إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرفيعة الحائلة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاجة والأول إما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على اظهار العظم أولاً والثاني إما

(والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاجة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلد رفيعة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنفلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة) القصاص ان كانت عمداً لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينهش السكين إلى العظم فينساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حديدية تنهش السكين إليه ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غوره بما يجبر ثم تتخذ حديدية بتقدير ذلك فيقطع به مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنفلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية

أن يقتصر على كسر العظم أولاً والأول هو الهاشمة والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلد التي بين العظم والدماغ أولاً والأول هو المنفلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامعة بالغين المججمة وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلاً لأشجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا يزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنفلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمبار ما يسر به الجرح أي بقدر قدر غوره بحديدية أو غيره أو المراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو

وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالغين غير مججمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اه إلى غير ذلك من معتبران كتب اللغة وسبجي من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة القوية في الصحيح فلا مجال للعمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تتخذ من الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الإسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذة من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لأن الدم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الألم إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباشعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامية إذا الظاهر أن شيئاً من اظهار اللحم وأساليه لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة لأشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

وفي

على رواية غير الأصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الاظهار) أقول أي اظهار الجلد الرفيعة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائعتان ففيهما ثلثا الدية) لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة نجس من الابل وفي الهاشمية عشرون في المنفصلة خمسة عشرون في الامة ويروى المأومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولائها اذا نفذت نزلت منزلة جائعتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في البافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا الاختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنبية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحقققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لهما رأس مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أي تقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والباطضة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدعى الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والباطضة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدعى الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلی هذا تشبيه الباضعة بالمتلاجة فانه قال في السكاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بنفسه المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تفرغ شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتزرع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباطضة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاحم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة اخذت فيه ولم تبلغ السحاق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذا لاشك أن كلاما من الجهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سياتي في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهم ما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وقال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعني يرجع الى ما أخذ الاستقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من تعم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباطضة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تنبى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم الباضعة لها كإذ كره الامام الزيلعي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٣٩٤) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) فيسل عليه فيجب

أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لأن قيمة الحر دية قال قاضيان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارا ثلث الموضحة وجب ثلث أرض الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرض الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرض الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعييد

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهادلة نفي قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليس من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرض مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا أن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الخائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم علموكا بدون هذا الاثر ويقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يراد الى المنصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فيعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهادلة نفي قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرض مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الخاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرض مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليل على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه لا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره نقر بر صاحب الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه بهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرر بالمصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفرض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا أن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فقد ذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قبل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقفي أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الخائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الخائفة ان تناوأت ما في جوف الرأس أيضا فالتي في جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فبمعنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس ولكنه تعسف لا يخفى

فصل قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الجنس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن الكف تسع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد في الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تسع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجراحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع

فصل في الأطراف دون الرأس لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير مختصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالفصل فالوجه المذكور أنما يتشبه في بعض منها دون الكل فالوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كذا في غاية البيان وأوردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية إذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا ذكر في مامر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسألة ههنا مستدركا إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية تصف الدية فعلم قطعها مامرا أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسألة بل كان لا بد فيه من التصريح بها لئلا يترك أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشرى الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة ههنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة أيها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالقصور بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يدي كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعني أن قطع كلهما تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية الكاملة على مامر في تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم إن جمهور الشراح قالوا قوله على مامر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث إذ الظاهر أن قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر وإذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة على مامر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد عما ذهب إليه جمهور الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة

فصل لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

فصل في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولا تبغ للتبغ) يعني وإذا لم يكن تبعا للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة إذا لوجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجراحة بالمتع فان اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كافي آية السرقفة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أمان من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع وأمان من حيث الحكم فلان الاصبع له أرض مقدرة والكف ليس كذلك ومثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص ومالا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى وهو لا يعارض النص فكان ماثبت فيه التقدير نصا أولى فان المصير إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة عندما كان إيجاب الأرض المقدر (٣١٦) شرعا ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصا يفرق

بين أن يكون الباقي من الأصابع واحدا أو أكثر لان للأصبع الواحدة أرضا مقدرافي جعل الكف تبعا للأصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية لان له أرضا مقدر او ما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبغ وقوله (في الاصبع الزائد حكومة عدل) يعني سواء قطع عمدا أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أو لا ما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كن قطع ايهام انسان وليس له ايهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرض مقدر فلا مساواة بينهما في

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعا للأصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى أن يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبغ للتبغ قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشرة الدية وان كان اصبعين فالنسب ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يتطرق الى أرض الكف والأصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فربما بالكثرة وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر امن الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرض الأصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الأصابع أصول في التقويم وللا كثر حكم الكل فاستتبع الكف كما اذا كانت الأصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) نشر يفاللا دى لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعة ما بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكر في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فذهب منفعته بدون أن يقطع فليبين كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة تأثيرا في فائدة ظاهرة هناك ثم أقول الاقرب الى الحق عندي أن يكون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكر في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو زال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو ملحق بالانلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تقويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة إليه ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبغ للأصابع لان البطش بهما أن يكون الباطش هو

القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا بشرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحرز والظن فلا يقين ثمة وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منغوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءا من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشينه كافي قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كالمقص ظفر غيره بغير اذنه

(قوله وأجيب بان ازالة جزء الآدمي الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخی لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده فإن السن جزء من يده والسن الشاغية هي التي يخالف
 نيتها بتغيرها من الأسنان يقال رجل أشقى وأمرأة شغوا فافها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة
 للالزام) انما قيد بالالزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير (٣١٧) الزام حتى لو اعتق صغيرا لا يعلم حجة

هذه الاعضاء منه بقينا
 يخرج عن عهدة الكفارة
 لأن الغالب هو السلامة
 وقد تقدم من قبل في قوله
 ويجزئه رضيع قال (ومن
 شيخ رجلا فذهب عقله أو
 شعر رأسه) في هذا بيان أن
 الجزء قد يدخل في الكل
 قوله (فصار كما إذا أوضعه
 غات) يعني من حيث أن
 ذهب العقل في معنى تبديل
 النفس والخاصة بالهائم أو
 من حيث أن العقل ليس
 في موضع يشار إليه فصار
 كالروح للجسد وقوله
 (وأرشد الموضحة يجب بفوات
 جزء من الشعر) لبيان الجزئية
 وقوله (حتى لو ثبت) يعني
 الشعر (يسقط) يعني أرشد
 الموضحة لبيان أن الأرض
 يجب بالفوات كذا في النهاية
 وليس بمقتضى اليه لكونه
 معلوما وقوله (وقد تعلقا)
 يعني أرشد الموضحة والدية
 (بسبب واحد) وهو فوات
 الشعر لكن سبب الدية الكل
 فدخل الجزء في الجملة كما
 إذا قطع أصبع رجل فسلت
 يده

(قال المصنف وقال الشافعي
 تجب دية كاملة) أقول
 قال الكاكي وبه قال أحمد
 والنوري لعموم الحديث قلنا

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم حجة حكومتها عدل)
 وقال الشافعي تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأنشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود
 من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم يعلم حجة الإيجاب الأرض الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
 بخلاف المارن والاذن الشاغية لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا الواسم للصبي)
 لأنه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
 به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شيخ رجلا فذهب عقله أو شعر
 رأسه دخل أرض الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضعه
 غات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو ثبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
 بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده وقال زفر لا يدخل لأن كل
 واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

الأصابع لا غير فبين كلامه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفتن له حيث غيرت خبر
 المصنف هنا فقال لهم أن أرض اليد انما يجب باعتبار آله باطشة والأصل في البطش الأصابع
 والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل به ألم يجعل تعالها في حق التضمين انتهى ثم أقول
 يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش
 بها أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف
 أيضا بطش في الجملة بالتعبية فيرفع التدافع (قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار
 كما إذا أوضعه غات) أقول فيه نظرا ذلك كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هـ إذا ما دخل
 أرض الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه
 قضى بربيع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بأنه لو مات
 من الشجة لم يلزمه الدية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (ق) في ضربة ذهب بها
 العقل الدية واحدة فليتأمل (قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو ثبت يسقط)
 قال صاحب النهاية أي لو ثبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب
 أرض الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من
 الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو ثبت يعني الشعر يسقط يعني أرض الموضحة لبيان أن الأرض يجب
 بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتضى اليه لكونه معلوما انتهى أقول إن قوله وليس بمقتضى اليه لكونه
 معلوما ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرض الموضحة بفوات جزء من الشعر لا يمنع تدفع ربي
 الاتصال واللام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والأعلام إذ كان الظاهر المتبادرا
 ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرض الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان
 لا يثبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبنيه ثم بينوا حكمها بانه
 القصاص إن كانت عمدا ونصف عشر الدية إن كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور
 يتحققان فيما ثبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا يثبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرضها
 أمر أخفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من

خص منه لسان الآخر انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذي ذكر (قوله أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه الخ)
 أقول قال العلامة الكاكي وفيه تأمل إذ بعض أهل السنة قالوا العقل القلب وبعضهم قالوا عقل الرأس انتهى فكان الأولى أن يقال
 من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (ق) لم يلزم كذا بهامش الأصل

وقوله (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لان بفوات (٣١٨) العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد

وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقعه سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فنبغي أن يذ كر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح أولا يذ كر أحد أصلا كما هو رواية المسوط وشروح الجامع الصغير والخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أن يذهب الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أروش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قبل براد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به

وجوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أروش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر ووجه الاول أن كلامهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شجر: الاموضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فمثل ما بين من الاصبع أو اليد كلها الا قصاص عليه في شيء من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي وجوب أروش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المسوط وجوب أروش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء في الجملة لان الجزئية انما وجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أروش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن بسبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القبيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندى أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المستثنين حينئذ وجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول) أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأروش اليد بخلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أروش اليد كالومات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل وقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أروش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فأمل (قوله ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قبل براد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أي قال المشايخ ينبغي أن تجب و ينبغي

الدية فيهما) أي في العينين (والارش في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا شجر رجلا موصحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموصحة القصاص وفي العينين الدية وله) أي ولاي خيفة (أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية أذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماناة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثانية حال الشجر (وكذا الحبل) أي محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا إلى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كن رعى إلى رجل عمدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله ووجه ذلك أننا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سرية الأولى وهما ليس كذلك فإن السرية انما تكون بتعاقب الآلام وهما إنما يتحقق في شخص واحد وقوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال (٣١٩) إذا قطع أصبع رجل عمدا فاضطرب السكين

وينبغي أن يجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فأسودت ماني) ولم يحصل خلافا وينبغي أن يجب الدية في السن كله (ولو قال قطع المفصل وترك ما ليس أو كسر القدر المكسور وترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كالشجر منقولة فقال أشجره موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تعدى إلى الأخرى كن رعى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراحة الأولى سارية والجراحة بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا الحبل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سرية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع أصبعاً فسلت في جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالهما وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروي ابن سماعة عن محمد في المسئلة الأولى وهو ما إذا شجر موصحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسرية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافة الأخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سرية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كالأوت إلى النفس وقد وقع الأول ظاهرا ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسيب لا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسيب بخلاف السرية إلى النفس لانه لا تبقى الأولى فانقلب الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الأعلى رواية ابن سماعة (ولو أوصحه موصحتين

نظر انتهى أقول: يمكن أن المراد به الثاني والمراد يكون السمع والكلام مبطناً كون محلها من مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن يجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيدي في الجامع على نحو ما ذكرهنا

قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موصحة فذهبت عيناه الخ وقوله (انه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأولى دون الثانية لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لايجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسرية الموصحة وقوله (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وان قطع أصبعاً فسلت إلى جنبها أخرى وقوله (لا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموصحة والارض في العينين عندهما

وقوله (فتا كتما) اى صارنا واحدا بالاكل (فهو على الروايتين) اى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعنى لاقصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانه اخرى يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل يقوم وليس به هذا الام ويقوم به هذا الام فيجب ما انتقص منه بسبب الام من القيمة وقوله (فنبت سن الاول) يعنى بغير اعوجاج وان نبت معوجا (٣٣٠) يجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأنى حولا) اى يؤجل سنة

فتا كتما فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانه اخرى سقط الارض في قول ابي حنيفة وقال عليه الارض كاملا) لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأ من الله تعالى وله أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن ضي فنبت لا يجب الارض بالاجاع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل (ولو قلع سن غيره فردا صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارض بكاله) لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالتصقها فالتصمت) لان الام لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانزع المزوعة سنة من النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد الثبت ولم يفسد حيث نبت مكانه اخرى فانه عدمت الجنابة ولهذا يستأنى حولا بالاجاع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحوال لانه ثبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضنا بالقصاص واذا ثبت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو اجاهه القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضر به فالقول للضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا ضربه موصحة فجاه وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموصحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فانفردا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه يشكر أثر فعله وقدم مضى الاجل الذي وقته القاضي اظهروا الاثر فكان القول للسكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الام

وذكر في الاسلام البزدوى في مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارض ويجعل كاه جنابة واحدة انتهى بتدبر (قوله) ولهذا يستأنى حولا بالاجاع) اى يؤجل سنة بالاجاع وذكر في التتمة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البرء لا يقتض ولا يؤخذ الارض لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العنابة بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعن فصلانها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجاع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا اى مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجاع المشايخ لا عدم اجاع المجتهدين ومراد المصنف بالاجاع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجاع انما هو اجاع المجتهدين دون اجاع المشايخ وانتفاء أحد الاجاعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(بالاجماع) وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعن فصلانها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجاع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله (فاختلفا قبل السنة) اى قال المضروب انما سقط سننى بضر بك وقال الضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعنى أن التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فالولم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) اى في سقوط السن بعد السنة

(قوله) وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعنى بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنين انما هو في الصغير وانما في البالغ فلا يستأنى (قوله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف ابي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجماع في سن البالغ الا بشكك (قال المصنف) وأن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه يشكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعد ما وثبت ذلك بالبيئة أو بالنكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لاشئ على الضارب ووجه حكومة الام وقوله (يحب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترمي أو من الاسنان التي ترمى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخر من حكومة عدل لأنه لم يفت جنس منفعة السن ولا قوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الانسان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الجرمة (٣٣٩) والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لماذا كرنا (وكذا الواجر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شجر رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة زال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرض الام وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالام الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه انما لزمه الطبيب وغن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا به قد أوشبته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعله أرض الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما ادالم يبق أثره فهو على اختلاف قدم مضى في الشجة المتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله خطا قبل البره فعله الدية وسقط عنه أرض اليد)

الايرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القليل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا تنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بأرثها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ قادر على هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجدول تزعم من صبي ينبغي القاضي أن يأخذ ضمنان من النازع للزوع سنة ويؤجله سنة من مذوم تزعم سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتصر له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لظن الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا استأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجدول دون رواية خلاف أحد من المجتهدين والمجيب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافي للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافي له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاه اياه أظهر على تقدير رجحان الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا استأنى حولا بالاجماع بخلاف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أوجب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

لون الانسان بحال فكان مغفورا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله (الآن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالام الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الام من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بعقد كالأجارة الصحة والمضاربة للصحة أو بشبهته كالأجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيأ وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرضه

(٤١ - تكملة ثامن) وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

قدمضى في الشجة المتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرض الام عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

(قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير فيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول بخلاف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرض الام) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الام من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه غن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراد منه

وقوله (لان الجنابة من جنس واحد) ليكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا يعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول فى أول فصل ومن قطع يدرجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا الحديث) أقول وفى الكفاية ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مانون أرض الموضحة قوله ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فمادون النفس لان الأطراف فى العبد يملك بها ممتلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبدا انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يملك به ممتلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جنابة فالولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا فى الاوضح انتهى وروى القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقليل وعن عبد فانه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

لان الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما يبدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتل ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها الاحال لان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالسيرة قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا الحديث وهذا عمد غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد والثانى يجب حال لانه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن فى البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرض كاملا ولا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت بجالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثانى من التفصيل انه يخالف لما ذكره قيسيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة فى الانسان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا فى الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكره قيسيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا لغيره فى الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا يخالفه (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنفا انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط أما أول فلان هذا الحديث كما روى موقوفان ابن عباس والشعبي روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كائنص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفان عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا ناص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المتوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكتفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بال رأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجحراف وبصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر فى علم الاصول ومرفى الكتاب مرارا فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أنفا الذى مر منه أنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن فى موطنه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجحراف الى هنا لفظه وهذا صريح فى الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف قال فى أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله (لا سيما الى زيادة) يعني المجهل فانه زائد على المؤجل (٣٢٣) من حيث الوصف في المالية

وهو معروف فاجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفه لانه تابع للقدور وقوله (لما روي بنا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله (٤٤) أي عمدا كل واحد منهم وقوله (ولهذا نجب الكفارة به) أي بالمال وانما يفديه لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لانهم ما يتعلقان بالقتل) فعمل بهذا أنهم ا مطالبان بما وجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ اصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية) أقول قوله في المالية متعلق بقوله زائد

قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله نجب حالة لان الاصل أن ما يجب بالتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهذا عام فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبي تقوم الادعى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفه (وكل جنابة اعترف بها الحاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روي بنا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبتها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عمده ٤٤ حتى نجب الدية في ماله لانه عمدا حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا نجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخطأ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أذرا وأولى بهذا التخفيف ولان سلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني بتحقيق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها استارة ولا ذنب تسترهما من فوقها القلم

شبه العمد الدية المغلطة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول ههنا لا واجب بالقتل ابتداء لموجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولاً فلا بد من ذكر حكم هذه المسئلة بعدد كرتك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداهة أيضاً بدون بيان خلاف الشافعي أصلاً فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسئلة في مثله قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثره وهل يتفوق العاقل بمثل ذلك الاعتذار وأما ثانياً فلا بد من بيان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلاً بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليقه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في العمد وحكمها التأجيل مطلقاً كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي افراد حكمها تلك المسئلة بالذكر بعدد كرتك الضابطة الكلية فلا تغشيه للاعتذار المذكور أصلاً

(فصل في الجنين) عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزاء الحكي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبده والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدر ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أى معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل) وهـ ذاقى الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل (٣٣٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان البهيمة ان تمكن

(فصل في الجنين) (قوله

غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء

الذي يجب في الأدنى الغرة وبعددها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف قال معناه دية الرجل أى معنى قوله

نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والاثنى

نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين

الحره عشر ديتها بالايجاع وهو الغرة وجوابه أنا لان سلم

(فصل في الجنين) قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

(فصل الجنانية في الجنين) لما ذكر أحكام الجنانية المتعلقة بالأدنى من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالأدنى من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسى في أصوله أن الجنين مادام محتثافاً بالبطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأدنى ولكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسه ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لجواب الحق له من عتق أو أوارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لجواب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا وانقلب على مال انسان فآلتفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذى ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بل ارباب ان قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فافائدة هذا التفصيل الفارق بينا ذكره والاثنى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدة أن لو لم يقسم نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقسيد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبين ما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى أقول بردي على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءاً من القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءاً اتلاف عضو من الأدنى صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانياً بقوله ولان الجنين في حكم الأعضاء دلالة أنه لا يكمل أرشه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان الام ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

وجه

أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف

عشر ديتيه ان كان ذكر او عشر ديتيه ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدواً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكر او عشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الا في محل هو حي) أقول أى هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ومما فاضمان القتل والوجوب على الحر في كسر بيض الصبد عرف بالانزع على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعنتقل سائبة فاجزأه الى أبي يوسف فسأل عنه فأجاب أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فأجاب بمثل ما أجابه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل أنه يرجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة فهو تاهيها الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المالية وقوله (اذا كان

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر)

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعنتقل سائبة فاجزأه الى أبي يوسف فسأل عنه فأجاب أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فأجاب بمثل ما أجابه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل أنه يرجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة فهو تاهيها الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المالية وقوله (اذا كان

انتهى أقول ايمس بسديد فان يتيقن كونه معد الحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماله في الرحم حينئذ ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم للماله في الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالميت في إيجاب ذلك الضمان بانلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسر ما انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام يحيدون في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية في قديم هذا احتراز عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شخني لكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يحى الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعدها يعني أنها انما تجب على العاقلة لا تمام مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب المغنبة هذا التوجيه ولم يتعرض له برتبة نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل في دية احتراز عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة وورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يحى وقيل لعله وقع سهو من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليل لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضا مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذ يبلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه على العاقلة كما صرحوا به آنفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضا فيما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

الوجه الثالث بالقياس (قوله قيل قسده احتراز عن جنين الامة) أقول ولعل الاول أن يقال احتراز عنه فان ما يجب فيه ليس مقدرا بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها مخرطا (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أي بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كان خمسمائة) أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذ بلغت قيمته دية الرجل فالخلص ماله كزامن ملاحظة

التقدير شرعا

وقوله (أفي ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل (٣٢٦) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي

أدوا ديتته أمر لمخاطب من
الودي وهذا الحديث حديث
جل بن مالك بالخاء المهملة
والميم المفتوحين قال كنت
بين جاريين في فضربت
أحدهما بطن صاحبها
بعمود فسقط أو عسطح
خيمة فألقت جنينا ميتا
فأخضم أولياؤها إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال عليه السلام
لا وليا الضاربة دوه فقال
أخوها أندي من لأصاح
ولا استهل ولا شرب ولا
أكل ومنه دم يطل فقال
عليه السلام أصح كسحج
الكهان وفي رواية دعني
وأراجيز العرب قوموا فدوه
الحديث ففيه التنصيص
على إيجاب الدية على العاقلة
وقوله (الأن العواقل)
جواب عما يقال الحديث
يدل على أن الدية على العاقلة
قليلة كانت أو كثيرة وأنتم
قد تم بقولكم إذا كانت
خمسائة درهم وقد
علمت ما يرده عليه من النظر
(قال المصنف حيث قال
دوه) أقول يجوز أن
يقول تعليلا لقوله قضى
الح وألقوله سماء دية والثاني
أقرب ويستفاد تعليل
الاول منه أيضا (قوله أو
بسط خيمة) أقول أي
عود من عيدان الخباء
(قوله فقال أخوها أندي
من لأصاح ولا استهل)

وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولأنه عليه السلام قضى بالعرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا
سماء عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لأصاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل
مادون خمسائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه
السلام جعله على العاقلة في سنة

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره
الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بأن يكون معناه إذا كانت
خمسائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فإن الواجب
في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا أو عشر قيمته حيا ان كان أنثى من غير تعيين قدر
معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك
في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجنائي بل لا بد
من أن يكون البدل أقل من خمسائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسائة درهم وقد مر قبيل
هذا الفصل أن عدم الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبةا خمسائة
فصاعدا ويمكن أن يقال ان مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث
الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف
على المختلف تأمل تنق (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سماء عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول
في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فاته عليه السلام سمي كثيرا
من بدل الأعضاء والاجزاع دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضى
الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
كتب لعمرو بن حزم رضى الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية إلى غير ذلك
فليتأمل في الدفع (قوله إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا
يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسائة وكله يقول إذا كانت الفترة أقل من خمسائة
درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لان الواجب في
جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لان قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل
مادون خمسائة انما يدل على أنها تعقل خمسائة فصاعدا بطريق مفهوم الخالفه وهو ليس بمعتبر
عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات ففهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسائة فصاعدا
في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الامة إذا بلغ خمسائة حيث يكون
على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة
جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا
كانت خمسائة وقد علمت ما يرده عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرده عليه من
النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد
بالبلوغ إلى خمسائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول
في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذا لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاول فلان مدلول الحديث
المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسائة درهم
بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة لم يجب لم تبلغ خمسائة درهم تكون أيضا

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها
وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان
أكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيد لانه لو كان نصف
العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها (٣٢٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين)

صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجبي في المعامل وقوله (ويستوي فيه) أي في وجوب قدر الغرة بانه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لاطلاق ماروينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجني غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وقوله (ولان في الحسين) دليل معقول على التساويين الذ كسر والاثني في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الأدمية في المالكية فان الذ كرمالك مالان وكا والأثني مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الأدمية وهو معدوم في الحسين فيقدر عقدا واحدا وهو خمسمائة وقوله (وان ألقته حياته مات) أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب وهي أن خروج الجنيين من الأم اما أن يكون في حال حياتهما أو في حال مماتهما أو في

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعلنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذ كرو والاثني) لاطلاق ماروينا ولان في الحسين انما يظهر التفاوت لتفاوت معاني الأدمية ولا تفاوت في الجنيين فيقدر عقدا واحدا وهو خمسمائة (فان ألقته حياته مات ففيه دية كاملة) لانه تلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صرح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنيين بعد ذلك حياته مات فعليه دية في الام ودية في الجنيين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم ألفت ميتا فعليه دية في الام ولاثني في الجنيين) وقال الشافعي يجب الغرة في الجنيين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح بمجرد قول المصنف الآن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة لان يكون معمول به في مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قررره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعلنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والظاهر في تقرير التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذ من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة في الام حتى يفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أي اذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الاكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لان حيث

حال حياة الأم ومات الجنيين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

(قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيد الخ) أقول يعنى غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا الى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن الاول أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الأمة الخ) يعني جنين الأمة إذا كان ذكر أو لم يكن الحمل من المولى (٣٣٨) ولأن المغير ونصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان

أنى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيبته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك أن كان ذكرا وعشره إن كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغورولانه لو كان منهما لمزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لا نكارة الزيادة وإن تعذر الوقوف على ذكره وأقوته نأخذ بالمتيقن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبب للموت وجب الضمان أيضا فينبغي أن يجب وجوبه أن يجب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يخنق بموتها إذ تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته) فآلت ابنه ميتا على عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراثا للقاتل قال (وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه وضمان الأجزاء يؤخذ بمقدارها من الأصل

سداد المعنى فينبغي دفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أى إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقيد بالاكثر نظرا لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بعقيد لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاء وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى لكن التقريب انما يأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظرا لأننا سلمنا أنه إذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يخنق بموتها) إذ تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذنا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

ولنا

لكثرة الاحتمالات هناك أنه قد قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة

والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للخصيص من دليل فليست أم هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة إلى المباشرة رقبته وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق (قال المصنف) وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي إذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاه لا يكون الولد رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاه أو من المغرور نجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقيد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل الا ترى أنه اذا قلع السن فنتت مكانه أخرجه لم يجب على
وهنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النسبة لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة
نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البذل في جنين
الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب الاتقصان الا ان تمكن فيها نقص وان لم
يمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله (فتظرنا إلى حالي) السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة

(٣٢٩)

اعتبارا بحالة الضرب
وأوجبنا قيمته حيا
لامشكوكا في حياته
اعتبارا بحالة التلف
لا يقال هذا اعتبار بحالة
الضرب فقط اذا الواجب في
تلك الحالة أيضا قيمته حيا
لجواز أن لا يكون حيا فلا
يجب قيمته حيا هناك بل
يجب الغسرة وقوله (ما بين
كونه مضروبا إلى كونه
غير مضروب) يعني تفاوت
ما بينهما حتى لو كانت قيمته
غير مضروب ألف درهم
وقيمته مضربا ثمانمائة
يجب على الضارب مائتا
درهم وقوله (على ما ذكر
بيانه بعد هذا) يعني في
جناية المملوك والجناية
عليه في مسألة من قطع يد
عبد فاعتقه المولى ثم
مات من ذلك وقوله (وقد
عرفت في النفوس المطلقة)
أي الكاملة بالنص فلا
يتعداها إلى غير المطلقة
وهو الجنين لان القياس
لا يجري في العقوبات
وليس غير المطلقة تطير

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان
الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذ كان شاء الله تعالى
فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات
ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة
الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا باه وهو حي فتظرنا إلى
حالي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير
مضروب لان الاعتاق فاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين)
وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجهه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة
وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البذل قالوا الآن يشاء ذلك لانه
ارتكب بخطور اذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان
بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روي بنا ولانه ولد في حق أمومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقه
والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق
انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون إرادته مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة
فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فامعني ذكر السؤال وتروك الجواب وان لم يكن
ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر
بجواب إرادته أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشر بعه هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام
في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين
غرة والشك والجمع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمع صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه
لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه
فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه
يكون ما ذكره هنا ناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا بلا على
معدا نادافا لما قاله الشافعي من أنه جرح من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل
فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن)

قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت
الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه افعاله فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقه
والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الآن يراد التمييز التام الكامل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول أولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرح من قبل هو البرج وقال نحر الاسلام جذع يخرج من الانسان من الخياط ليعنى عليه والعرض بالضم الناحية قبل المراتبه هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمدعوه في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للنزع الاعلى قول محمد فان فيه خلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعاً فهو كما لو اذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرسناً أو بنى دكاناً فخرج من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقص كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقص لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذلك في الحق المشترك قال (ويسع الذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً الا باذنهم) لانهم املوك لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضرارهم أول يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلة) لانه مسبب لثلاثة متعذ بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدم الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً كانت أسس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع الذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق به ما في معناه اذا المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفاً الذي عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الاثمة ودليله المذكور في الكتاب لا يشتمل الا على أصل محمد أما اولاً فلان قوله فليحق به ما هو في معناه ليس بتمام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالمد كور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذي يحدث يريد أن يجعلها في بدنه فخاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يتخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع الذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أى لا ابتداء ولاجزاء يعنى متعدياً عن مقداره في الاقتصاص

لان الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضمر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً أو أما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان ذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به هنا وقوله (لانهم املوك لهم) يعنى في الغالب قال نحر الاسلام المراد بغير النافذة المملوك وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوك وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالباً فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشناً) وهو الممر على العلويين لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للنزع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للنزع فالصنف تعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشناً) أقول روشن هو الرف عن الأزهر وعن القاضي الصدر الممر على العلويين ومثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس روشن السكة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكفيف والميزاب والجرمن وقوله (فالضمان على الذي أحدثه فيه) يعني ضمانهما على الحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه - لانه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أى الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرم الأثر انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاساوى الملك غيره كفى الرى قيل ان كان قتل حقيقة فالقياس شمول (٣٣٣) الوجوب في الضمان والكفارة والحرم ان

وان لم يكن فالقياس عدمه

فيها والجواب أن الضمان

يعتمد الانلاف بطريق

صيانة التعدى للماء عن

الهدر وقد تحقق باحدانه

في الطريق ما ليس له ذلك

وأما الكفارة والحرم ان

فيعدان القتل عدأ وخطأ

ولم يوجد شي منهما وقوله

(اعتبار الاحوال) يعني

بعدم يقين انه قتل الجراحة

ولا يعلم انه بأى الطرفين كان

فان كان بالطرف الداخل

فلا ضمان وان كان بالخارج

فعليه الضمان فيجعل كانه

حصل بالطرفين وقوله

(ولو أشرع جناحا) ظاهر

وقيل المشتري منعأ أيضا

بترك الرفع مع امكانه شرعا

وأجيب بان سبب ضمان

القتل اما المباشرة أو

التسبيب ولم يوجد منه ذلك

فصار كمن تمكن من رفع حجر

عن الطريق ولم يفعل حتى

عطب به انسان فانه لا ضمان

لانه ليس بمباشر ولا متسبب

واستش كل أيضا بالحائط

المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطب به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فأتا الضمان على الذي أحدثه فيهما) لانه يصير كالمدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب ظرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعدي لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطر فان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرى اليه منها فتركه المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جرفا فاحرق شيأ يضمنه) لانه متعدي فيه (ولو حرته الرى الى موضع آخر ثم أحرق شيأ لا يضمنه) لنسخ الرى فعله وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كباشرته

أن يجمع العامل من الوضع سواء كان فيه ضررا ولم يكن اذا أراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فذلك أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصله ما هو الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله (وله اذا المانع منعنت ليس بتمام أيضا على أصله ما قطعنا اذ لو صح عندهما كون المانع منعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهم بذلك ودليلهم ما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكفيف والميزاب والجرمن أقول لعل قول المصنف هـ مدام استدرك لان ما مر أنفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله (واذا أشرع في الطريق رروشنا أو ميزابا أو نحو فسقط على انسان فعطب فالدابة على عاقبته كان متناولا للجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصرحة كاترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله (أو نحو فلاحاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطب به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطب به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضى الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله (أو عطب به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا انها هو التشبيه والتشريك في مجر وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخالص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا عثر بنقصه

صاحبه بالنقص فلم ينقص حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقص بعد التقدم اليه والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورته خارج الجناح بشغل هواطريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حرته) أى الجرح قيل فيه تلويح الى أن الرى ان هبت بشرها فاحرقت شيأ وجب الضمان لان التعدى كان بوضع الجرح وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسى والاول اعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلوانى وقوله (وقد أفضى اليها) أى الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرى

(قوله يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوهان قال المخرج لفعله أخر جوا اجناحا على فناء دارى فان لم يحق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فاسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامرهم فلم يبرجعوا به عليه كالأستأجر ليدفع شأله ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فاسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٣٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فانقصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطيته به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجراء اجناحا على فناء دارى فانه ملكي أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كالأستأجر غير ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به على الأمر لانه غيره كذا هذا وان قال المستأجر للأجراء أشرعوا الى اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا اجناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كالأستأجر ليدفع شاة جازله فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الأمر وكذا لو استأجرهم لينوا بيتنا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل على ما واطهار شبه الصحة بهد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكره جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاء جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكرها لانه أمرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لافي اذ لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة وقد سدوا ما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح من القديم

لانه أمرهم بما لا يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كالأستأجر ليدفع شاة جازله فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث العدة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه على ما واطهار جهة الصحة بهد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوهان قال المخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرقي ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم الفعلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهما مباشرة انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صبح الاستحجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلا فانتقل فعلهم اليه فكانت فعله
 بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغطب به انسان أو دابة وكذا اذا رشح الماء
 أو تروى) لانه متعدي فيه بالحق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من
 أهلها أو قعدا ووضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
 المشتركة فالواحد اذا رشح ماء كثيرا بحيث يتراق به عادة أما اذا رشح ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه
 لا يتراق به عادة لا يضمن

أولم يخبرهم - والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث
 أن قضاء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحبيثة على العامل قبل الفراغ
 من العمل مع أن مدخلية هذه الحبيثة في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعها ولم
 يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحبيثة ويجب الضمان على الفعلة قبل
 الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك بأشراع الجناح اليه وقولوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من
 حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحبيثة حتى يجب الضمان عليهم قبل
 الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر - والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الإجراء ويرجعون
 به على الأمر قياسا واستحسانا سوا سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي
 الاستحسان يكون الضمان على الأمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب
 الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضا إذا
 كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الأمر أنه
 ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الأمور
 كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لاوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل
 المنقول عن شيخ الاسلام بل بآباء جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل
 فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا
 وقال في تعليل الأول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
 داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون
 الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه
 الأول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الأمر بأن له حقا
 في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقده الأمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان
 اخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيئ قطعاً ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط
 قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا في الوجه
 الأول من الوجوه التي ذكرها سوا سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب
 على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل
 فراغهم من العمل صار مخالفا للأمر الأمر خارج عن عقده فلم يكن بأمر الأمر فاما كان وجوب الضمان
 عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم وبقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لا يستأجر غيره
 لستبح شاة ثم استحققت بعد الذبح فالمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة
 السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب مأهوا خارج عن العقد بل وقع على مأهوا
 الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التغير بخلاف ما نحن فيه في
 صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت نقاشا من بعض الفضلاء قال هذا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صبح الاستحجار)
 يعني بالنظر الى أنه أن
 ينتفع بقضاء داره فبالنظر الى
 هذا كان أمره معتبرا ووقع
 فعلهم عمارة واصلا
 فانتقل فعلهم اليه فكانه
 فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
 بقيد بشرط السلامة
 لكونه غير مملوك له فكذلك
 اذا أمر به وقوله (بخلاف
 ما اذا فعل ذلك) يعني الصب
 والرش والوضوء وقوله
 (كما في الدار المشتركة) يعني
 أنه أن يفعل فيها مأهوا من
 ضرورات السكنى وهو
 اعتبارا لحق الملك بحقيقته

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلت لاضافة الحكم اليها بطر غيرها وقوله (في فناء حافوته) قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج المدار كربط الدابة وكسر الخطب وقوله (فتعقل) أى تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

(ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رشح بعض الطريق لانه يجرد موضع الضرر لا أثر له فيه فاذا تعمدا المرو على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رشح جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرو وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رشح فناء حافوت باذن صاحبه فضمن ما عطف على الأمر استحسانا واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حافوته فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجر اقتلف بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعدد في ضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقائه التراب واتخاذ الطين في الطريق عتله القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كس الطريق فعطف بموضع كسسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا يجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشترع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة بعده فلا يخفى لمن أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ما بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لامحالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لافي صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحتمل على كون اشترع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لافي الصورة الثانية وأما كون اشترع الجناح مباشرة مطلقا لفعول ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فيعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كالايحقي (قوله ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفا وكذا اذا رشح الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رشح الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء وذكر الرشح في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا إعلاء الى اتحاد مسئلة الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بغايرتهم ما عدا ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حافوته فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذ كر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بارأى
افتعال من الفوت وهو السابق وقوله (وكذا الجواب على هذا) (٣٣٥) (التفصيل) يعني انه لو فعله بأمر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو
فعل بنفسه من غير أمر
أحد ضمنه وقوله (مما
ذكرناه) يعني من أول
الباب الى هنا من اخراج
الكثيف والميزاب والخرصن
وبناء الدكان واشراع
الروشن وحفر البئر وقوله
(وغیره) يعني ما لم يذكره
في الكتاب كبناء الظلة
وغرس الشجر وري النج
والجلوس للبيع وقوله
(وكذلك ان حفره في ملكه
لا يضمن) يعني كما اذا أمره
الامام حفر في طريق
المسلمين لم يضمن ما تلف به
كذلك اذا حفره في ملكه
وان لم يأذن له الامام وقوله
(وكذلك اذا حفره في فناء
داره) يعني وان لم يكن
القضاء ملكه وقيل جازله
ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له أو كان له حق الحفر بأن
لا يضرب لأحد أو أذن له
الامام أما اذا لم يكن كذلك
فانه يضمن

الكناسة في الطريق وتعتقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فتجاء غيره عن موضعه
فعتبط به انسان فالضمان على الذي فتحه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وان
كان بغير أمره فهو متعدي) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الامام أو هو مباح مقيد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعدي (وكذا اذا حفره في فناء
داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاجبر ولم يتعرض له الشارع ايضا فتبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل
في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اه اقول ليس هذا سيدلان كون مجرد الامر من السلطان
اكراما ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر
الامام ليس باكرام فإذن ان يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان
بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراما قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن
لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه
المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذ كر رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان
عن الفاعل صرح به في عامة المعبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون
قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيريًا فاما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا
لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها ياء ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره
عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان
بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما اذا أجبره عليه فافائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لمكان له حسن لكون الثاني من
قبيل السترقي تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج
الكثيف أو الميزاب أو الخرصن الى الطريق وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وزاد
صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر
وروي النج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صلب الماء في الطريق وكذا ريش الماء
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكره وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما ذكره
خلاف الجواب فيما ذكره كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة فوقع
وقتل انسان الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل
الشراح مسئلة استخراج الفعلة لخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما أمر على ما فعل في فناء
الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها ما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

(قوله والبالوعة ثقب في
وسط البيت وكذلك البالوعة)
أقول وهذا المعنى لا يلزم
المقام (قال المصنف فان
أمره السلطان بذلك أو
أجبره عليه لا يضمن)
أقول الأمر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره
كالعطف التفسيري وإذا

أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعديا اذا لافتيان

ونوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجامعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حضري الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي الخنقا فبالعقوبة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الرابع فإن الفقه معه ألا ترى أنه لو جسد رجلا في برد حتى مات غما فإنه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٦) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمى أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر

وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فانه يضمه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما للضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد وهو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لو لا مكان الطعام قرب يامنه قال (وان استناب جراحا فحفر وهو اله في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فئانه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بفتح هذه الشاة فذهبها ثم ظهر أن الشاة لغیره الا أن هنالك يضمن المأمور و يرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والتراجع للبشارة فيضمن المأمور و يرجع المغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والا حصر

الكتاب ببناءه في طريق العامة أو أنهم جعلوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة بما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعد وما استأجر وبالدار الفعلة لاخراج الطلبة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الطلبة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب ببناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور هو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمشياً بما فعل في فناء الدار أيضاً وبما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له (تفكر) قوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن النماء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول رد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة للمجموع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيراً ليؤتي له في فناء حائطه فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحصاناً فتمل (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً وكان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد وأذن له الإمام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان جماعة المسلمين أو مشتركا بالخبايا جداً فإن عدم الضرر لا حد قد يهتق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضاً وقد جعل الحكم فيها خلافاً لما إذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلا أنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عبط فيه كما مر آنفاً ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك إن حفره في ملكه يضمن وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضاً وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفره في ملكه يضمن يعني كما إذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن فلا معنى لمل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون إذن الإمام أيضاً على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً أو كان بحيث

الوقوع لوجوب الضمان
وقوله (وان استأجر أجرا
مغفروها له في غفرنا له)
يعني بان كان الفناء الغير
أوطر يفا للعامة ولكنه غير
مشهور فاما أن يعلموا أنها
في غفرنا له أولا فان كان
الثاني فإضمان على المستأجر
ولاشئ على الاجراء لان
الاجارة صحت ظاهرا اذ لم
يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل
الفعل الى الأمر لانه لو
توقف على صحة الأمر
حتمية تضرر الاجراء فامتنعوا
عن العمل مخافة لزوم العهدة
وبالناس حاجة الى ذلك
فنفى فعلهم اليه وهذا دليل
كون الضمان على المستأجر
وقوله (لانهم كانوا مغرورين)
دليل قوله ولاشئ على
الاجراء وصار هذا الامر في
صحة ظاهرا او كون المأمور
مغرورا كالأمر ببيع شاة
ظهر فيها استحقاق الغير الا
أن هناك يضمن المأمور
ويرجع على الأمر لكونه
مباثرا او كون الأمر ميسيا
والترجع للبائسة فيضمن
ويرجع للمرور وههنا يجب
على المستأجر ابتداء لان كل
واحد منهما مسبب والاخر

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف إن مات جوعاً فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلاً عن الأسيماجي فأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله غير

غير متعد والمستأجر متعد فبر جميع جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بملوك له فلا يتقبل فعلهم اليه وليسوا بغير رور بن فينتن الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون الامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطوب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشرع الجناح فان الاجراء هناك اذ لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا ور جعوا على الامر وههنا لم يضمنوا

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذم شاة غيره بأن الدامج مباشر والامر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاتها (وان قال لهم هذا افتائي) ظاهر وقوله (فكان الامر بالخضر في ملكه ظاهرا بالنظر الى

غير متعد والمستأجر متعد فبر جميع جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا افتائي وليس لي فيه حق الحفر خفسر او مات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناءه بمنزلة كونه مملوكا لانه لا يملك التصرف فيه من القاء الطين والخطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكني ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعبد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعبد رجل المرور عليها)

ما ذكرنا) يعني قوله لا نطلق يده في التصرف الخ فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر لا يشمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الظن ويرى من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان حاله أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كإيناءه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلامعنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى أقوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسد يد لان مدارج التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف تحليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناءه بمنزلة كونه مملوكا لانه لا يملك التصرف فيه الخ قال في العناية أخذنا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر لا يشمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس انفي مضمون الجملة حالا عند جمهور

(٤٣ - تكمله فامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا قسم ولا يفيد كما لا يخفى

(قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فبايقول بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجتمع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما بناء القنطرة فلان الباني قوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق (٣٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

لان الاول تعد هو تسبب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى قال (ومن جعل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء فاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللبس لا يقصد - فقط ما يلبسه فيخرج بالتقييد عما ذكرنا فاعلمنا مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس مالا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

الحاجة على ما تقر في موضعه حينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غيرني حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكامة ليس وان كانت للنفي مطلقا لأن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قبله وأما اذا لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في تجوز زيد قائم كذا حقه الاندلسي واستحسنه الرضوي وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشتركاً للدلالة كيف ولو كان كذلك لم يصح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الأجزاء قياساً لأنهم علماء بفساد الأمر فما غرهم إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ البسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندي في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا يناق في أضاف قول المصنف في تعليل وجه القياس لأنهم علماء بفساد الأمر فما غرهم لان فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أم لا أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الأمر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشر يك فاسد لانه تعد ولهذ الوعد بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستنداً كالحضائر واثم ما أنه لو كان مراد المصنف بذلك كقوله

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعني مثل اللبس والجواني ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد بن جهم الله لعدم عموم البسوي به وقوله (العشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن)

وقالا

يعني اذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول والآن نقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد جعل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباى موجودا ما اذا كان نصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال ابو الليث رحمه الله
وبناخذ الا ان نصب شخص القوم يدون من هو اصل منه ويجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم اولى
بنصب الامام والمسؤن والباى اولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهل) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا
سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرروا الجماعة وقوله (وقصد) (٣٣٩) القربة لا ينافى الغرامة) جواب

عن قوله ما لان هذه من
القرب وقوله (كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا) فانه
قصد القربة لكن اخطأ
الطريق فان شرطها ان
يكون الشهود أربعة ممن
تسمع شهادته فاذا انقضت
انقلب قذفا واستوجب
الحد قال (وان جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل
الح) وان جلس في المسجد
رجل من العشرة فعطب
به رجل فاما ان كان في
الصلاة اول يكن فيها فان
كان في الصلاة فلا ضمان
عليه سواء كانت الصلاة
فرضا أو نفلا لان النقل
بالشروع يصير فرضا وان
لم يكن فيها بل كان قاعدا
لغيره ضمن عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يضمن
على كل حال

(قال المصنف وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أقول قال الكاكي وهما اذن الامام والعشرة أو عدم اذنه ما به قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد قال الخولاني وأكثر مشايخنا أخذوا بقرولهما في هذه المسئلة وعليه

وقالا لا يضمن في الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولا يبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المنولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهل فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهل قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداه قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لوجه لتأخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعطيه ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضمن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف تصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أنجب من هؤلاء الشراح كيف جلاوا مراد المصنف ذلك المتقن الخبر على ما يابا من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندى أيضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان يسقط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيحقق بذلك فموت نعم فيحقق مثل هذه الصورة نادر لكن أمكان وقوعه كاف في نعم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولأن نقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما يدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغوين الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيره) أقول قوله بل كان قاعدا لغيره لا يطابق المشروح فان القعود لها محل الاختلاف أيضا على نقر المصنف فالاولى القصير على قوله أولم يكن فيها

(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم الفقه أو الحديث (أو الصلاة) يعني منتظرها) أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامص سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر غير الاسلام والصدور الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة

أحمد بن غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهذا اذن الامام أو العشرة أو عدم انهما وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا مجازي كرم ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة) أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو الصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد بذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان فبات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به انسان فبات ففيه اختلاف بين أي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقاة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير يختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

وله

أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً

ضمن عنده وقال لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لذكر الله المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره يعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أي حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كل ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كترحمكم الكل

وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد فيها بالغدوة والصال وقوله دعالي وأنتم عا كفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على الصلي كان له ازعاج القاعد فيه المستغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الاصل في دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرنا من الاتيين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونهم امن ضرورات الصلاة (٣٤١) مسلم لكن لابد من التفرقة بين

الموضوع الاصل وما اُلحق به والباقي واضح

﴿فصل في الحائض المائل﴾

لما كان الحائض المائل

يناسب الحرص والروشن

والجناح والكنيف وغيرها

ألق مسائله بها في فصل

على حدة قال (واذا مال

حائض الى طريق المساهين

الح) أخذ الشافعي رحمه

الله في هذه المسئلة بوجه

القياس ولم يوجب الضمان

وعلماء وأما رحمه الله

استحسنوا ايجاب الضمان

وهو مروى عن علي رضي

الله عنه وشريح والخفي

والشعبي وغيرهم من

التابعين رحمه الله

والوجه من الجانبين مذكور

في الكتاب

(قال المصنف لهما أن

المسجد انما بنى للصلاة

والذكر ولا يمكنه أداء

الصلاة بالجماعة الا

بانتظارها فكان الجلوس

فيه مباحا لانه من ضرورات

الصلاة) أقول لا يخفى

عليك أخصية الدليل من

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقه بها فلا بد من اظهار التفاوت فيما بين الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرعي الى الكافر أو الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فنعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

﴿فصل في الحائض المائل﴾ قال (واذا مال الحائض الى طريق المسلمين فطوب صاحبها بنقصه وأشهد عليه فلم ينقصه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفسه أو مالي)

المشايع على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لانسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختارا المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قبل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعدل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحدا بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبينات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الح) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

﴿فصل في أحكام الحائض المائل﴾ لماذا ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعا في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائض المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

المدعى الآن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المناط هو الاباحة ألا يرى الى قوة فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانهم ما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معلة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المناط ليس مطلقا اباحة بل الاباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس الح) أقول هذا دليل عرفي

وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) (٣٤٣) كالإحاطة بالكفار وإن تترسوا بالمسلمين وقطع العضو لا كله عند

خوف هلاك النفس وقوله (وتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم إليه في النقض وعلى أنه مانع من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم إليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو أهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي أن تدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صيبيا أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها وإن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو عارة فلم ينقض حتى يسقط على إنسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الأشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طوب ببنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه

والقياس إن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي فيه لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الأشهاد وجه الاستحسان إن الحائط لماس مال إلى الطريق فقد اشتغل هو الطريق المسلمون بملكه ورفع في يده فاذا تقدم إليه وطوب ببنقضه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طوب به كذا هذا بخلاف ما قبل الأشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولا نال ولم يوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من التلف من يجب الدية وتحملها العاقلة لأنه في كونه جنابة دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الأموال كالدواب والعمرى يجب ضمانها في ماله لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الأشهاد وانما ذكر الأشهاد ليتمكن من إثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الأشهاد أن يقول الرجل أشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الأشهاد قبل أن يهي الحائط لعدم التعدي قال (ولو بني الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير أشهاد) لأن البناء تعدد ابتداء كما في اشتراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لأن هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لأن الناس كلهم شركاء في المرو فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتباً ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال (وان مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذلك إزالته ما شغل هو أهمل ولو أجلسه صاحب الدار وأبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما إبطال حقهم ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لأن الجنابة بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشتراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوب به بالأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالترتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك وإلى الوصي وإلى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقيد بالعيوان على الجماد إلا أن الحائط المائل لما نصب الجرسن والروشن والجناح والكتيف وغيرها الحق مسائلهم ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الأصل بما سيأتي في الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

فوفصل في الحائط المائل (قوله مسلما كان أو ذميا أو صيبيا) أقول أي ما دوننا أو عبدا كذلك قال والضمن المصنف (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه) أقول الاظهر أن يقال لأنه لم يتقدم إليه

وقوله (لان فعل هؤلاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهم اجعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايته ما بقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهم ما في ترك الهدم بعلان الصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرة متحققة وهى مضرة وثقة النقص وبناءه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (في عني العبد) يعنى يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفانه ينفلج الجرع عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالحجور عليه لان فلان الجبر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد يدين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رتبة ونصرفوا العبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار بيده أذن له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤٤) تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فلك الجبر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرف فيه كما مر وقوله (وبصيح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شئ أما

والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا نهو في عني العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجهه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده اتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفرغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقص ضمنه) لان التفرغ اليه اذا النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص ما ذكره هناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شئ أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يترك منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا أو أحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا تاتى فاض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من

الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا أو ما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ والجواب أن الاشهاد على جماعةهم يتعدى عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القليل الثاني (لان التفرغ عنه) أى القليل الاول برفعه مقوض الى أولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فقتل انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فعله فصار كأنه القاء بيده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن أتى شئ في الطريق كان ضامنا لما عطف به وان لم يملك تفرغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكان جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفرغ والتترك مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطف بالنقص وقد ذكره في الكتاب واضحاً

(قوله فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الا نظر به من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائط يشير إلى أنلوه وقعت الجرة وحدها فأصبحت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في الميسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدّر يعني في الحائط والعمق المقدّر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي ذلك الأصل يعني أن الجزء (٣٤٤) اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى

العلّة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك (الآثر) أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقيين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا يخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالخفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الخفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا ان عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريق اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريق إلى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلة وان كانت دار بين ثلاثة نفر فخر أحدهم فمات أو أضر أو أضر كان بغير رضا الشريكين الاخرين أو بني حائط فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلة وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلة في الفصلين لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكأن قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدّر والعمق المقدّر لان أصل ذلك ليس بعلّة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن

النفوس بحجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال التيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فلمعنى الحكم هنا يكون الضمان في مال التيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكأن قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عامما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلة في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالخفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارة الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكتفي بذلك ولولم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحدها بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

لما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولا شك في تقدم الانسان

الاولوية) يضاف اليه وانا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما واهدر الاخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها عقيب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان

(قوله أي فعلى كل واحد منهم ما من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحاد مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما وطئت الدابة وقيل بجوز أن يكون مفعولا لا إبطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها وأرجلها
 إنسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) يدل من قوله لما أوطأت الدابة والتقدم العض بمقدم الإنسان وانحطط الضرب باليد
 والصدم هو أن تضرب الشيء بحسبك ومنه اصطدم الفارس إن أذا ضرب أحداهما الآخر بنفسه ويقال نفعت الدابة الشيء إذا ضربته
 بجذ حافرها وأعلم أن جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لانه إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فإن كانت
 في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فإما أن يكون صاحبها معها ولا يكون فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة
 كانت الدابة أو سائرة ووطئت يدها أو أرجلها أو نفعت أو كدمت وإن كان الأول فإما أن يكون سائقها أو قائدا وإما أن يكون راكبا
 عليها ولا فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفسا أو مالا لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله
 بالتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والتسبب انما يضمن إذا كان متعديا ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسيرها في ملكه وإن كان
 الثاني وهو يسيرها فوطئت يدها أو أرجلها ضمن وإن كدمت أو نفعت يدها أو أرجلها أو ضربت يدها فلا ضمان لأن في الوجوه
 الأولى صاحب الدابة مباشر لا تلافى لأن ثقله ونقل الدابة اتصالا بالتلف فكانت ما وطئها جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أولم يكن
 وفي الثاني متسبب غير متعدي وإن كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما أن أدخلها (٣٤٥) صاحبها فيه أولا فإن كان الثاني فلا

ضمان عليه على كل حال
 لأنه ليس بمسبب ولا مباشر
 وإن كان الأول فعليه
 الضمان على كل حال سواء
 كان معها سائقها أو قائدا
 أو لا واقفة أو سائرة لأن
 صاحبها إما مباشر أو متسبب
 متعدي أو ليس له إيقاف
 الدابة وتسييرها في ملك
 الغير بغير إذنه وإن كانت في
 طريق المسلمين وقد أوقفها
 صاحبها فعليه ضمان
 ما تلف في الوجوه كلها لأنه
 بالإيقاف متسبب متعدي

لما أوطأت الدابة ما أصابت يدها أو أرجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن
 ما نفعت برجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فكذا ذكرنا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول رد عليه أنه لم يفرغ من بيان
 أحكام جنابة الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا
 مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرها في هذا الباب لأن كرمه بباب جنابة المملوك
 في إقامة حق المقيم وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر به بباب جنابة المملوك
 لفصله النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقة بالمجذبات من حيث عدم العقل والنطق ألحق
 هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من ونحو ذلك اه أقول رد عليه أيضا أنه لو كان
 هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحية المذكو ر قلنا ذكر مسائل هذا الباب
 في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن
 ما نفعت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفعت الدابة شيئا إذا ضربته بجذ حافرها وقال
 صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقفي أثر صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول

(٤٤ - تكمله ثامن)

صاحبها معها أولم يكن فإن لم يكن فإما أن سارت بارساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت مالم تقول عن جهة الرسائل بمنه أيسرة
 لأن إرسالها بالاحتفاظ سبب للتلافى وهو فيه متعدي وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت
 راكبا كان أو سائقا أو قائدا إلا النفخة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعدي والغرض من هذا الاستهلال بيان قول المصنف
 رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه لأن هذا الجواب إن
 استقام في قوله ما أصابت يدها أو أرجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر أنفاوذ كر
 الأصل الذي ينبغي عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فإن قيل ما ذكر في هذا الباب جنابة إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على
 عاقبته قلنا ما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم أرواده وأدراكه كاصح إضافة الجنابة إليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة
 كافي الجنائي والعاقلة (قوله وقيل بجوز أن يكون مفعولا لا إبطاء محذوفين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وإن كانت في طريق المسلمين
 وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول هذا إذا أوقفها الغير البول والروث (قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على
 ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل

فقال (والاصل أن المروفي (٣٤٦) طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من

وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يعيش فيه لتريب مهماته فالجرح عن ذلك جرح وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا وبالنظر الى حق غيره يستدعي الجرح مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقيّة كلامه واضحة وقوله (والمتردّف فيما ذكرنا) يعنى في وجوب الجناية (كالراكب لان المعنى) أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالسير على ما أراد (لا يختلف لاشها) فى أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مشكك في كونه تصرفا في الدابة فليتحقق به وجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن

والاصل ان المروفي طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركين كل الناس فقلنا باباحة مقيدة بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقدم فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الايذاء وما يضاهاه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو ثمارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقا عين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن لأنه ينقل عن السير عادة وانما ذلك بتعريف الراكب والمتردّف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان رأت أوالت في الطريق وهي تسير فطلب به انسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها ذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان أوقفها الغير ذلك فطلب انسان برؤسها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الايقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحة الدابة ضربته بحد حاقرها وأما كون المذكور في الصباح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحاقر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها * ثم أقول بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر عما ذكر في كتب اللغة وعما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفعت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعدد للثنائي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا اللفظ القدرى في مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف في النفحة ولولم يفسر به هذا المكان للأول أن يؤول ذلك بالوطء وبثب الاختلاف فيه ولمست الرواية كذلك اه واقتنى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أولا فلا أن الظاهر من قوله سمى أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يدها أو بالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخطب اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدى هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخطب الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد فلامعنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلا أن القدرى لم يذ كر الخلاف في مسألة السائق أصلا حتى يلزم من قومه أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء انبات الاختلاف في الوطء وانما الذي بيننا خلاف

وقوله (والمراد النفع) أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لثلاثتهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بخلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بإبعاد الدابة عن التلف أو بإبعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النجعة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى (٣٤٧) رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان

ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بخوف القتل وهناك خوف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخره - وأن سير الدابة مضاف الى اربابها ولا كلام فيه وانما الكلام في النجعة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوى ما ذكره بقوله والنجعة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار واتى

والمراد النجعة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النجعة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النجعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بالجماء وجمها فينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعى يضمنون النجعة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والنجعة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النجعة بالرجل وانتقال الفعل بخوف القتل كافى المكروه وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسبيان بمباشرةهما شرط التلف وهو تقرب الدابة الى مكان الجناية فيقتيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كراكب (الا ان على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف يشقه ونقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة وهما مسبيان لانه لا يتصل منهما الى المهل شئ وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه مختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قبل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

برواية الجامع الصغير لاشتغالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة وقوله (لما ذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف يشقه وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المهل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن كل واحد منهما بانفراده عامل

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدورى بالنجعة لانه شاهد التفسير كما يوهمه كلامهم * ثم أقول الحق عندى ان معنى قول المصنف والمراد النجعة هو ان مراد القدورى بقوله أو رجلها فى مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فى مسئلة القائد هو النجعة وانه انما فسر بذلك لاسم قوله فى مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة بـرجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بخلاف أحد (قوله ووجهه أن النجعة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى القدام فيغيب ما فى الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فيبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليأمل فى الدفع (فوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النجعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان فى لهما من الجماء فلا يمكنه التحرز

فى الاتلاف فان السوق لو انفر دعن الركوب أوجب ضمان ما تلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق فى الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفيين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل فى التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه

(قوله وقوله ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابيه حتى يتم جوابا وبوجه الشافعى فى الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى اربابها تكون النجعة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوى ما ذكره بقوله والنجعة عليه ما ذكرناه) أقول بجواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسا ن الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدم من غالبا في الفارسين خصهما بالذکر وما ذکر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي ألا يرى أن محمدًا ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر أناسًا فأنفخ في المأمور بالدابة ووطئت أناسًا كان الضمان عليهما فاشترى كل في الضمان والناخس سائق والامر راكب فبين بهذا أنهم ما يستويان والجواب أن المسبب انما لا يضمن مع المباشرة إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الالتلاف كما في الحفر مع الالتقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالتقاء وما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتري كان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس يختلف بلا الالتقاء وعند (٨٤٣) الالتقاء وجد التلف بهما فضيف الى آخرهما كسئلة السفينة إذ كل واحد منهما لا يعمل

بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتري كان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فأنفخ الدابة فان ووطئت أناسًا كان الضمان عليهما وعلل فقال لأن الناخس سائق والآ خر راكب فقد بين بما ذكرنا الراكب والسائق في ضمان ما ووطئت الدابة يشترى كان ولا يختص به الراكب انتهى وأنت خير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السابق وهو قد صحح عدم

وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسا ن فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما ذية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ذية الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمة لم نفسه وصاحبه فمدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عدا أو حرج كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفر على قارة الطريق برافقهما وعليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالمشي اذا لم يعلم بالبر ووقع فيما لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتأثم اذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الذية فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه وفيما ذكرنا المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضا فيبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسا ن فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما ذية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذ من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذکر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفقا أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الذية فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) قال في العناية أخذ من

هذا الوجه فلهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذکر) أقول ولعل الاولى أن يقال انما خصهما بالذکر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا ترجع جانيه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البر بعينه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قبل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجيح انما يكون عا ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقتا فربما نقولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصير علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف ذية كل واحد منهما في العدة على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهته ما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم القائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالشيء مباح (٣٤٩) محض فلم يقع مقدم موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حريين في العمد والخطا ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعوا فداءه وقد فانت الى الخلف من غير فعل المولى فهدر ضرورية وكذا في العمد لان كل واحد منهما ما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فباخذها ورثة المقتول الحر ويبتل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادعي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فباخذ ورثة الحر المقتول ويبتل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البذل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كالعام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعدد في هذا التسيب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشدا والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشتد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعير انسا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدد بالالتقصير فيه والتسيب بوصف التعدى سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحدة فائد للكل وكذا سائقه لا اتصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد ضمن ما عطب بما هو خلفه وبضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام والسائق يسوق ما يكون قد دامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعاً لا يرى الى ما تقرر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس انذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جنايته فلما ملك الميت ماتحه العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطا فتر وجهها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرها وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشد والباقى واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فالتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أى في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوم به رجل فاما ان يعلم ربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لا مكان تحرزه عن ربط الصغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كافي القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحمدي رحمه الله بينهما فانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا أن العوائل تعقل عنه ما واعتبر في الجامع

الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الى القائد حين علم بالربط فقد رضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليه - ثم شيء ولم يذكر له ظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليه ما ابتداء) ظاهر وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسبب والوقوف والمشاخ رجهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فانه يضمنها القائد بلار رجوع على أحد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه (ولو أرسل طيرا) أي باز ياوساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السابق لعدم اعتبار

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على العاقلة كافي القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليه ما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فانه يضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير ان يصرح بمحاوله لادلاله فلا يرجع بحلقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصاب في فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الاحتجتمست في الاصطيد فأضيف الى المرسل لان الاصطيد مشروع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف انه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا بصيانة لاموال الناس قال رضى الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت بمنزلة أو بسرة انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسل في الاصطيد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم تكن منه الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسل

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرجنا عما ذكرنا اننا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لأننا رجحنا أحدهما روايتين عما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه ونساقطنا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فامعنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كافي السلم والاعادة بقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كافي الاستصناع وقد يكون بالضرورة كافي طهارة الحيض والا بار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا ما قلناه جواب الاستحسان

و يخلاف السوق والارسل فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا الحرم لم يلزمه شيء وقوله (انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق سواه) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسل كالماء لم ينقطع عنه ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسل وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسل هو السير لا الوقوف

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها بخلاف الحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسلين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) أي فور الارسال وهو أن لا تغيل عينا ولا شمالا وقوله (لما مر) إشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هي المنقلة) أي الجماء (٣٥١) التي أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنقلة لا التي أرسلت فان

وبخلاف ما اذا أرسله الى صديق فأصاب نفسه أو ما لا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انقلبت الدابة فأصابت مالا أو آدمياً لا أولئك الا لضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح الجماء بجبار وقال محمد رحمه الله هي المنقلة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقت عينا ففهم ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا نقصان (وفي عين بقرة الجزر وجزر وره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

هو القياس الحسن في المقابل للقياس الجلي فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يمكن مقيد بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيد بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كافي في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كافي في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقيد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالنسب ولا تسبب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدد من صاحبه فمأولده منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس تعدد منه لانه لا يمكنه الاتباع والنسب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهي السوق والقود والر كوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق أو القود لما كان اختلا لا الارسال كان الارسال أختا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أختا وبعضها أختان غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس هنا مؤث من معنى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ أن يوثق بأداة التانيث البتة حتى يقال ليس هنا مؤث من معنى يقتضي الاتيان بأداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال واخواتها ولا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لاحتمال ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جازت ذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجازت تانيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

والر كوب ففيه ربع القيمة كافي الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيد بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعل اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والر كوب) أقول البقر ما خلقت للر كوب والحمل الا أن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك
 فتركنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في
 غير المأكل كقول من الحبل والر كوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كقول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل
 معقول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقه العين لا يفوته بل

هو عيب يسير فيلزم نقصان
 المالية وقوله (ولانه انما
 يمكن إقامة العمل بها) دليل
 آخر وهو أيضا واضح لكن
 الاعتماد على الأول ألا ترى
 ان العنين لا يضمنان بنصف
 القيمة كذا قاله فخر الاسلام
 رحمه الله وانما قال ذلك لان
 المعمول به في هذا الباب
 النص وهو وروى في عين
 واحدة فيقتصر عليه وقوله
 (أو نخسها) يعني بغير إذن
 الراكب والنخس هو الطعن
 ومنه نخس الدواب دلالتها
 فان قيل القياس يقتضي
 أن يكون الضمان على
 الراكب لكونه مباشرا وان
 لم يكن متعديا لان التعدي
 ليس من شرطه فان لم
 يختص به فلا أقل من الشركة
 فالجواب أن القياس يترك
 بالآثر وفيه أثر عمر وابن
 مسعود رضي الله عنهم وقد
 أشار المصنف رحمه الله إلى
 الجواب بقوله ولان الراكب
 والمركب مدفوعان بدفع
 الناحس لان فعل الراكب
 قد انتقل إلى الدابة لان
 الوثبة المهلكة انما كانت
 منها فكان مضطرا في حركته

ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
 ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحبل والر كوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدي وقد
 تمسك الآدي كل من هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدي في إيجاب الربع وبالشبه
 الآخر في النصف ولانه انما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها
 ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات أحدها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر به رجل
 أو نخسها فنفتحت رجلا أو ضر به يدها أو فترت فصدته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب)
 هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس
 فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين
 المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنت بعضها
 فقال من الارسل وأخواته تدبر تفق (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين
 الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
 لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكل كقول من الحبل والر كوب والزينة والجمال
 والعمل موجود في ما كقول اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظر ان المانع أن يمنع ان المعنى الذي
 أوجب ذلك في غير ما كقول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا
 كما يقصد ذلك من الشاة اخلافي كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في ما كقول اللحم اذ قد يقصد
 منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الاخلاق كالا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى
 اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا ن هذا الدليل لا يتشبه في غير ما كقول اللحم كالجمار والبغل
 والفرس بل هو محكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير ما كقول اللحم غير الجواب في ما كقول
 اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلامهما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلا ن قوله بشبه الآدي
 في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدي في إيجاب الربع ليس بواضح لان شبه الآدي لا يقتضي إيجاب
 الربع بل يقتضي إيجاب النصف لان الواجب في الآدي في الحناية المزبورة هو النصف وانما المقتضي
 لإيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لإيجاب الربع شبه الآدي فقط لما احتج
 إلى العمل بالشبه الآخر كالا يخفى فالظاهر في الادعاء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الآدي في إيجاب
 المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نقي النصف الواجب في عين الآدي فوجب الربع
 عملهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبه الانسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب
 تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملهما ما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى اكن عبارة
 لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

(قوله والجمال والعمل

موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) ولان
 أقول ممنوع بل سبب هنا وجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارع بقوله ان فرض مباشر طال المصنف (فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول مخالفا لأسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف
 بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل لها على ذلك لمجانة كان الناحس بمنزلة الدافع الدابة والراكب معا على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاءه المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النجعة او جبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق ايضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انه لا وجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بالاذن فلو نخس وهو ما ذون كان سائقا وامكان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعدي فلا يعتبر وقوله (ولان الناحس متعدي في تسييبه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التفرغ للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التفرغ لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعدي في تسييبه وليس بشئ فتأمل وقوله (والواقف

ولان الناحس متعدي في تسييبه والراكب في فعله غير متعدي فترجع جابته في التفرغ للتعدي حتى لو كان واقفا دابة على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لانه متعدي في الايقاف ايضا قال (وان نجت الناحس كل دمه هدر) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان قلت الراكب فقتله كان ديبه على عاقلة الناحس) لانه متعدي في تسييبه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنحسه على رجل او ووطئه فقتله كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناهم والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لان التلف حصل بنقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناحس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفعها لانه امره بما يملكه اذا نخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر

وانتقال الفعل بقصوف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب بوجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدي في تسييبه والراكب في فعله غير متعدي فترجع جابته في التفرغ للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التفرغ للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشئ الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناحس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفعها لانه امره بما يملكه اذا نخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر) أقول لقائل أن يقول هب ان الناحس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناحس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجي التصريح به في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناحس الضمان

(٤٥ - تكمله فامن) في ملكه والذي يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقد يملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطء مضاف الى الناحس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما ووطئه الدابة وههنا رواية ابن سميعة عن أبي يوسف رحمهم الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطه نفسه بل لاعتباره في التفرغ فيقول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتأمل) أقول لو ورد النظر المذكور آنفا

وقوله (مضاف اليهما) أي إلى الركب والناخس وفي بعض النسخ إليها أي إلى النخسة وقوله (ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أي على الناخس لأن الركب أذن له بالسوق لا بالإبطاء والاتلاف وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الركب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل العادة في الوضع والرفع فكان ذلك (٤٥٣) بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل

الوطء والإضافة إلى العلة
أولى ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما إذا أمر صبياً يستسك) انما قيد بذلك لأنه إذا لم يستسك فلا ضمان على أحد ما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الحمل على العادة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فإنه لم يسيروا وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منفصلة وفعله ما جاز وقوله (والناخس إذا كان عبداً) يعني ونخس بغير إذن الركب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفقدى والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم

قال (ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بأذن الركب فالدية عليهم ما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما إذا أمر صبياً يستسك) انما قيد بذلك لأنه إذا لم يستسك فلا ضمان على أحد ما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الحمل على العادة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فإنه لم يسيروا وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منفصلة وفعله ما جاز وقوله (والناخس إذا كان عبداً) يعني ونخس بغير إذن الركب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفقدى والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم

قال المصنف (إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه وتذكر أسرار الموصول

لنعه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بأذن الركب فالدية عليهم ما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولما قل أن يقول الركب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بتفعله ونقل الدابة جميعاً كما صرح جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرح جوابه صبي في مسألة الركب والسائق فبالله - ثم حرموا هنا بإضافة الفعل إلى الركب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهم ما نصنفه في العبرات (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناولونه من حيث أنه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أي يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح ان مقتضى هذا الوجه وهو حينية كون فعل الناخس اتلافاً أن يكون الناخس متعدداً بكونه مسبباً لجنابة الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا أن الركب فيها مباشر ولا أقل من أن يكون أيضاً مسبباً فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الركب جميعاً كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فن هذا الوجه يقتصر عليه أي فن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أي لا ينتقل إلى الآخر وهو الركب كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حينية كونه سوقاً كما في المسئلة الأولى فينشئ بتنظيم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (قوله والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

بنوع تأويل أو صفته على مذهب الكسائي (قوله يعني ونخس بغير إذن الركب الخ) أقول فيه بحث فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الركب نصف الدية وفي عني العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرح جوابه إذا كان النخس بأذن الركب قال العلامة الكاكي الآن المولى يرجع على الآخر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اه

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٣٥٥) المملوك وهو العبد وأخره لاختطاط

رتبه عن رتبة لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمة لأن جنابة البهيمة كانت باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد وهم مملوك قال (واذا جنى العبد جنابة خطا) أعلم أن التقيد بالخطأ هنا مفيد في الجنابة في النفس لأنه إذا كان عذبا يجب القصاص وأما فسادون النفس فلا يفيد لأن خطا العبد وعده فسادون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين إذا القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاررار فسادون النفس وقوله (قيل لمولاه ما تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى الجنى عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقدينا أنه يستأنى في جنابة الحر لأن موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فبعبه الجنى عليه بعد العتق وعندنا

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (واذا جنى العبد جنابة خطا قبل لمولاه ما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي جنابته في رقبته بياع فيها إلا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والناخس إذا كان عيدا يعني ونخس بغير إذن الرأكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الرأكب اه أقول بحقه ساقط فان مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما إذا نخس بغير إذن الرأكب لأنه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الرأكب لأنه يتصور حتى يتجه عليه أن في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الرأكب نصف الدية وفي رقبته العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الرأكب كما صرحوا به ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا إذا نخسه بغير إذن الرأكب وأما إذا نخسه بإذن الرأكب فلا يتخلوا ما أن كانت من الدابة نفعة أو ووطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنخعت فلا ضمان على واحد منهما لأن فعل المأمور كفعل الأمر عبدا كان المأمورا وحرا وان وطئت في فورها ذلك انسا نافقتته فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الرأكب إلا أن المولى يرجع على الأمر بالقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل اه تأمل

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخره لاختطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو أن لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك النسبة من جانب آخره لاختطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمة لأن جنابة البهيمة كانت باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد وهم مملوك اه أقول فيه ايضا شئ اذ لقائل أن يقول أن أراد أن جنابة البهيمة كانت البتة باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النفعة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحدهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما إذا أصابت سداها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو أثار غبارا أو حجر أصغرا ففقد عين انسان أو أفسد نوبه وكذا إذا انتقلت فأصابت مالا أو آدمي لبالا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان أراد أن جنابته قد تكون باعتبار أحدهم فهو مسلم ولكن لا يتم تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرام لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختارا للفداء

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

وقوله (الأنه يخبر) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخبراً كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهور فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فظاهرناه فيه بآيات الخيارات وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلته

ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الأصلي فيه جزؤه من النصاب ولأنه أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذي روى عنه الله أن العبد هو الأصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رجحهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما ذكره هنا مستشهداً به كذا ذكرناه آنفاً ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصر حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة تجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخبر بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي آيات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية وإن فداءه فداءه بارشها وكل ذلك يلزمه حالاً) أما الدفع فلا أن التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بالأصل بل مدارك له على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كما تقر المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بالأصل كما لا يخفى وأما ثانياً فلا أن الشافعي أن يقول أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص وهو ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس بقيس على ما يبطل بأبداً الفرق * ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلاً ومفسلاً وقد فامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكفيناها بما جعل ذلك المختلف أصلاً لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخلاف هذا حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبداً اه وقال صاحب التسهيل يشك هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اه وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسهيل كما هو حاله في أكثر إراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هناك لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفسح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الهية كما سيجي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتقون من ديوان على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتلته خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه إلى غير ذلك من المعتبرات فإذا تقررت هاتين إحداهما في المراد بما في الحديث أن العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية) فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه الجاني عليه (وإن فداءه فداءه بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالاً أما الدفع فبأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لأن التأجيل شرع التحصيل ترهها وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) أقول ليس بخلاف ما قلنا الحديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبداً (قوله والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يورث الإجحاف

الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب عقابته الجنائية في النفس أو أعضاؤه أو الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال بشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فتخرج جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به أه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الإزما أو إيجابا يرتفع السؤال عن أصله ويكتفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستندرا كاجتدأ وان لم تكن أمر الإزما ولا راجعا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري ينفع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به أه أقول فيه بحث إذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية ولا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري ينفع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

على بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري ينفع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فبأخذ حكمه قبل كون

و يأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالبديل (وابهما اختاره وقوله لاشي لولي الجنائية غيره) أما الدفع فلان حقه متعلق به فإذا أخلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلا نه لاحقه إلا الأرض فإذا أوفاه حقه سلم العبد فان لم يجترس يا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لقوات محل حقه التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أي خفيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جنائسه فقوله المصنف وغيره هنا المولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعنا مولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقلة لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حران المولى في كونه مخاطبا بجنابة العبد عزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذلك لا يتحمل جنابة العبد عاقلة مولاه أه فلا يخالف ما ذكرناه حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا ولا يشك هذا على مذهب أئمتنا ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة تنبصر (قوله وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فبأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالبديل) قال في العناية قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب عقابته الجنائية في النفس أو أعضاؤه أو الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال بشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فتخرج جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به أه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الإزما أو إيجابا يرتفع السؤال عن أصله ويكتفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستندرا كاجتدأ وان لم تكن أمر الإزما ولا راجعا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري ينفع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به أه أقول فيه بحث إذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية ولا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري ينفع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

فهو ضرر وانه لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ (وان مات) أى العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطول بال الفرق بين هذا وبين خصال كفارة العيّن فان الحادث غير مخير وان عين أحدهما قولاً لا يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أى الجنابة الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بان في الرهن ابقاء واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجنابة كذلك وقوله (على قدر ارض جنابتهما) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعروض
وقوله (لماذا كرنا) يعنى
قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية وقوله
(وعلى هذا حكم النجيات)
يعنى لو شجر رجلاً موضحة
وأخرها شمة وآخر منقطة
ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس
العبد لان له جسماً ثمة والى
صاحب الهاشمة ثلثه لان
له ألفاً والى صاحب المنقطة
نصفه لان له ألفاً وجسماً ثمة
فيقتسمون الرقبة هكذا
وقوله (وهى الجنابات
المختلفة) يعنى فجاز أن
يختار في أحدهم خلاف
ما اختاره في حق الآخر
كالواحد كل واحد منهم
وقوله (والحق يجب للقتول)
جواب عما يقال الحق وان
كان متمداً بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاذ فبني كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجنابة بالانتهاء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنابتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى ولى الجنابتين فيقسمانه على قدر حقيهما واما أن تصديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة في الجنى عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارض جنابتهما (وان كانوا جماعة فيقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداء فداء بجميع اروشهم) لماذا كرنا (ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر يقتسمانه اثلاثاً) لان ارض العين على النصف من ارض النفس وعلى هذا حكم النجيات (وللولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا تخادسببه وهى الجنابة المتحدة والحق يجب للقتول ثم لا وارث خلفه عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنابة ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها وان أعنته بعد العلم بالجنابة وجب عليه الارش) لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً لان الاعناق يمنعه من الدفع فالاقسام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملتب

في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل في جنابة العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا بسقط الموجب بموت العبد لفرات محل الواجب الا أنه كان للولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فاذن كان حق ولى الجنابة منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصل في جنابة العبد فان لم ينصرف فيه فمافى حصره في الارش بقوله لاحق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبلاً بقوله اما الدفع فلا أن حقه متعلق

السبب فهو متمدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أن الانسليم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكم وليت حكماً فقط لانه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعنته المولى وهو لا يعلم بالجنابة) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجنابة العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجز عن الدفع صار مختاراً للفداء والافلا واذا لم يعلم بالجنابة لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن ارض الجنابة وعلى هذا يخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم وبعده

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال ولم اهو عبدك فادفعه او اذنه فقال هو اثنان الغائب وديعة عندي او طرية او جارية او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها آخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقيمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخي بالبيع واخواته) في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها الخ وقبل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطا فانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء به ما لان الملك مازال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجبر بالبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسدا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء واجب بأن غنة ضرر و لم يتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجبرا فاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدر الاجازة في الثانية واما ههنا فلم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجاني على (٣٦٠) خرا وختر برطانه يصير مختارا للفداء لان موجبته ثبت بنفس العبد قد

وهو وتعلق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجنابة وعدمه وقوله (ولو ضرب به فنقصه) يعني بأن أرغبه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان ماله بالجنابة لانه حبس جزأ منه واما اذا ضرب به ولم يعمل بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض الآن يرضى ولي الدم أن

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه به عا فاسد لم يصير مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبته ثبت قبل قبض البديل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولا من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان ماله بالجنابة لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكر افوطها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها وقبل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطا فانه ينتظم النفس ومادونها وكذا

ياخذ ما نقصا ولا ضمان على المولى لان المارضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل بآفة سبها وبه وقوله (وكذا اذا كانت بكر افوطها) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يجزئه عن الدفع كالا يجزئه عن البيع وعلل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كالأقر عليها بالمرقة عالميا بالجنابة فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج عيب وباتعيب يثبت اختيار الفداء كالأقر عليها على يد يدها وعيها وذلك لان التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزأ منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيار الان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على امسالك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا أوجب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زواجا فهاهنا من أن الوطء حصل في غير ملكه فلا ضرر زعن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة عيلا لم يكن وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا فهاهنا يبين أن الوطء كان في غير ملكه

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الخاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر لأن الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقض الاجارة والرهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختاراً بالاجارة والرهن لأنه أثبت عليه بدامسقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختاراً لأنه لا يجوز عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الآن لولي الجناية أن يمنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمنع من قبوله قال (ومن قال لعبد ان قتل فلاناً) (٣٦١) ومن علق عتق عبده بمحنة توجب

الدية مثل أن يقول ان قتل فلاناً أو رميته أو شجسته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافاً لرغم الله لأن اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيء منها موجوداً وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه حرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي اليه) أي إلى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعل) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبد ان

وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسلط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لأن الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الآن لولي الجناية أن يمنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلم يلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبد ان قتل فلاناً أو رميته أو شجسته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختاراً للفداء لأن وقت تكلمه بالجناية ولا علم بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في يمينه تلك كذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لا امرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقر بك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال له اذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً مرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارقاً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض بخلاف ما أوردها لغرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للنكح فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر أنه يفعلها فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد بدرجة عمد دفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل لا لا ياء اقبلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرنا من تأخير التعرض لطلاق ما في أول الباب إلى هنا مع كونه بعيداً عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لأن الاطلاق هناك في المسئلة لافي الجواب كما لا ينبغي على ذوي الالباب فالمراد هو الأول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لأن الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول في التعليل شيء وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبته دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلاً به الآن لولي الجناية أن يمنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعاً وان أراد أنه لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الخاني فنقصه فانه يصير مختاراً للفداء هناك اذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً

(٤٦ - تسكمه نامن) دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق

لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً وانما قلنا بجناية توجب الدية لأنه لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً

(قوله والرهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حتى الجنى عليه يعني العبد سابقاً على تعلق حق الرهن يوجب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالأعم مثل أن يقول ان قتل بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رحمه الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة

به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبد واذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمته عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لأن اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه اذا أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا شبهة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجنابة وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتناق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امکان المقتضى موجود ولهذا

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن المال لا أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين أن المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل وبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لأن اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا شبهة له الا وأن يجعل صلحا عن الجنابة وما يحدث منها ولهذا الوصل عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتناق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل مع انه يجري أن يقال هناك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع رضا لى الجنابة فإنه اذا رضى أن يأخذ فاقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل في صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفوت الدفع رضا لى الجنابة نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجري بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركب دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون لى الجنابة اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بدونه بدونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف الا ان لى الجنابة أن يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لى الجنابة أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك) وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا قال صاحب الغنابة في شرح هذا المثل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق وأنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا سقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب فكيف يستتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الأصلي هو الارش قال والى وبه بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يجعل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في محبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث شبهة) كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث شبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمته عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعها هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيه يكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث شبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمته عليه بل ظن أنها محل له فإنه يورث شبهة فيرد الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

وذكر

لنوص على ذلك ورضى به المولى صح فتمين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء

واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل

(قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام نحر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أى كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذ كرنا) يعنى وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خبرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع برد اشكالا) قبل أى الوضع الثانى وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورد الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبتى عن الخطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع غة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه خطيئة فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أى وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها رد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وهما قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذ كرهمنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعنى وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تحب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم ينهم ما فرق وهو ان العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجنابة كذلك (٣٦٣) لان العفو عنها يبطلها (بعد ذلك

وان بطل العفو بالسرية حكايته موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صلح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذ كرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولى الجنابة) يعنى اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عدا فصالح المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجنابة الى آخر ما ذ كرنا من الرواية وهذا الوضع برد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وهما قال يجب قبل ما ذ كرهمنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل ينهم ما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكايته موجودا حقيقة فكنى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صلح عنها على مال فاذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج ما ذ كرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون به جنابة وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجنابة) لانه أنلف حقيقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغير ما فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقيقين بقاء من الرقة الواحدة بأن يدفع الى ولى الجنابة ثم يباع للغير ما فيض منهما بالانلاف بجزءها عليه (قوله أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صلح عنها على مال فاذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة) أقول رد عليه انه ان أريد بقوله صلح لا يبطل الجنابة بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجنابة بل يبقى على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

من الارش وقوله (أنلف حقيقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقيقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يحتج ما لا يكون الانلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقة الواحدة بأن يدفع الى ولى الجنابة ثم يباع للغير ما فيكون الانلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يجبر المولى بين الدفع والفساد فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لأصحاب الاولاء وانما عفا بالدفع لان به توفير الحقيقين فان حق ولى الجنابة يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومضى بدأ بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجنابة لانه تجدد المشتري الملك ولم يوجد في يد الجنابة فان قيل ما الفائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانهم اثبت حق الاستخلاص لولى الجنابة بالقرء بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما يبطل الدين بمحو الجنابة لان موجبا صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى أولياء الجنابة لانه بيع على ملكهم وان لم يغب بالدين تأخر الى حال الحرية كالأول بيع على ملك المولى الأول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليعنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الدية اذا كانت الجنابة في النفس لأولياءها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجنابة يوجب الارش دون القيمة وقد صرح

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعنى الاتقاني

وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابله الحق) يعني حق الدفع (لأنه دونه) أي الحق دون المالك فيكون الحق مع المالك مرجوحا قال (وإذا استندت الأمة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الأمة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنياتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية فإن الدين وصف حكمي فيها وأوجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجناية فالدفع أو القداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو استخدام (وإنما يلاقها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى إلى الولد لكونه وصفا غير فاع حصل عند الدفع وقوله (والسرابة في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بقوله واعترض وجهين أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها فإن المولى أن أعتهها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها المضمن كالمقتل مديون إنسان فإنه لا يضمن دينه والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحا لم يسرى أثر الدفع إلى أرض استحققتها بجناية حتى يباعها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما ان ولدها جزؤها وأرسلها ليس كذلك ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى إلى ما ليس بمجزء منها وأوجب عن الأول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما يتعلق به حق الغرماء بيبعا واستيفاء من غنمه لا باعتبار وجوب (٣٦٤) الدين على المولى والأوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وإنما

لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتناف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدم وان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقص فان قبل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الأرض

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لان الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق لأنه دونه وههنا يجب لكل واحد منهم ما ياتلف الحق فلا ترجح فيظهر أن فيضمن ما قال (وإذا استندت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمي فيها وأوجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المراهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرابة في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال (وإذا كان العبد رجل زعم رجل آخر أن مولاه أعته فقتل العبد وإيا ذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لأنه لما زعم أن مولاه أعته فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى لأنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبي أو بعت دارى وأنا صبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى الجنيات بأن موجب التمثيل العهد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

بدل جزء متصل فأت بالجناية وولى الجناية قد استحقها بكل جزء منها فإفادات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه وأنا كالمقتل وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولى الجناية اعتبارا للجزء بكل بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بمجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكري الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها رولا تفاوت في ذلك وقوله (وأبراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وأبراء المولى لأنه لم يدع عليه بعد الجناية اعتنا حتى يصير به مختار للفداء إن علم بذلك أو مستهلكا حق المجنى عليه إن لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة إلا بحجة وقوله (وإذا أعتق العبد) يعني إذا أعتق عبد معرف بالرق (فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه أسنده إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه إذ الكلام في عبد معرف بالرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار وههنا هو منكر لصله فصار كمن يقول لعبد ما اعتقتك قبل أن تتخلق أو أخلق

(قوله وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفترقه (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كان القول قوله) يعني مع عينه وقوله (لماذا كرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعنتى جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) أن يقول لها جاععتك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة عمك وأنت أمتى وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رجه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه) (٣٦٥) ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلته وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه

وأنا مجنون وقد كان خونه معروفا كان القول قوله لماذا كرنا قال (ومن أعنتى جارية ثم قال لها) اقطعك بذلك وأنت أمتى وقالت قطعتم أو أنا حره فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفهم الى حالة معهودة منافية له كافي المسئلة الاولى وكافي الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذ من غلته وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجنابة وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل بل يقر بذلك حيث وقع الصلح عنه على حال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا تم بطل الجنابة لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجنابة معنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسين صورتى العقو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعنتى جارية ثم قال لها) اقطعك بذلك وأنت أمتى وقالت بل قطعتم أو أنا حره فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والاما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بجهة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس يطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها بطريق الاستطراد لا الاصاله فاما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

الاتلاف ثم تافى سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رجهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العمد الى المال فقيل العمدول اذا فأتاهم بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأحيب بأن المراءى قد عذب به فورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن المولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فأنهم على الخلاف
كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والله أعلم والحاصل أن هذه المسائل على
ثلاثة أوجه في وجه يكون (٣٦٦) القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الفدية او وطنها وفي وجه يكون القول

قول الجارية وهو ما اذا أقر
المولى أنه أخذ منها مالا
وهو قائم في يده وفي وجه
اختلفوا وهو ما اذا استهلك
مالها أو قطع يدها وقد
اتفقوا على أصليين أحدهما
أن الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بوجه
سقوط المقر به والآخر أن
من أقر بسبب الضمان ثم
ادعى ما يبرئه لا يسمع منه
الا بحجة فالوجه الاول
مخرج على الاصل الاول
بالاتفاق والوجه الثانى
مخرج على الاصل الثانى
بالاتفاق والوجه الثالث
خرجه محمد رحمه الله على
الاول وهما على الثانى وقوله
(واذا أمر العبد المحجور)
على الوجه الذى ذكره
ظاهر وقوله (على ما بينا
من قبل) اشارة الى ما ذكره
فيل فصل الجنتين وقوله
(لأنه غير مضطر في دفع
الزيادة) أى لضرورة في
اعطاء الزيادة لأنه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطاء
الاقل من الفداء أو قيمة
العبد لأنه انما تلّف بأمره
ما هو الاقل منه ما قال (واذا
قتل العبد رجلين عدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صياحرا يقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة
وعنده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولاشئ على الأمر) وكذا اذا كان الأمر صيبا لانهم لا يؤخذون
بأقوالهم الا بالنواخذة قيم باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر
أبدا ويرجعون على العبد إلا أمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار يلحق المولى وقد زال بالنقصان أهلية
العبد بخلاف الصبي لأنه فاسر الاهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الأمر عبدا
والمأمور عبدا محجورا عليهما (يتخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب أن يرجع بعد العتق أقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
القتل خطأ وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغيرا لان عهده خطأ ما اذا كان كبيرا يحب القصاص
لجرائته بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عدا ولكل واحد منهما وليا فنعفا أحدولي كل
واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحدولي
كل واحد منهما ماسقط القصاص وانقلب مالا فصار كالأول وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما
عبدا والآخر خطأ فنعفا أحدولي الممد فان فداء المولى فداء بمائة عشرة ألفا نجسة آلاف للذى لم يعف
من ولي الممد وعشرة آلاف لولي الخطا) لأنه لما انقلب الممد مالا كان حق ولي الخطا في كل الدية عشرة
آلاف وحق أحدولي الممد في نصفها نجسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب نجسة عشرة ألفا (وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة وقال لا يدفعه
ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا ويربعه لولي الممد)

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى
وأنا مسلم فأنهم على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان
قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فأنه وان لم يكن داخل في مسألة القطع نفسها
الا أنه نظير لها لا اشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسنادا لقرار الى حالة منافية للضمان
عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما
بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأن من بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره
فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان
مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافليس بشرح مطابق للشرع وانما المطابق له أن يقال لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستأن من تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه
لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يدفعه ارباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة رحمه الله فالقصة

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ
اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الأمر لم يصح والأمر لم يوقع في هذه الورقة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان
المأمور صبيبا انتهى أجب بأن أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذافليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمدلان حق وولي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتمحق حق وولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة وولي الخطأ والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يخيصة رحمه الله أن أصل حقه هو اليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق وولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العاق في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم

الفان لرجل وألف لا آخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن المالك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (وإذا كان عبدان رجلين فقتل مولاهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى وإني أخفت المولى من ورائي أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتمحق فلهذا يقسم أرباعا وعند يسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالدين فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة تطائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال (وإذا كان عبدان رجلين فقتل مولاهما) أي قريبا لهما (فعفا) أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يقديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه ابنان فعفا أحدا لئلا يطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلته هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يقال للعاق يدفع نصف نصيبك إلى شريكك أو أفده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد أن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما مر حوافيه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقيقتين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يخيصة) أن أصل حقه هو اليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح بخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا الآن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم بقي على أصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احد هما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير ان شائع في الكل فيكون نصيبه في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دية او ما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يقضيه ربع الدية ولا يخيغه رجه الله ان نصيب العاني قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل ان يكون نصفه (٣٦٨) في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاني فينقلب نصف هذا النصف وهو

الربع مالا فلما احتل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع **فصل** لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقد قدم الاول ترجيحاً لطالب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فلان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الاعشرة وفي الامه اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الاعشرة قال المصنف (لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) اقول قال العلامة الاتقاني فاذا عفا احد هما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احد هما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصيبه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبك أو اقتسده ربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه واهذا اتقضى منه ديونه وتنفذه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دية فلا تخلفه الورثة فيه **فصل** (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الاعشرة وفي الامه اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الاعشرة) لان حق ولي العبد كان في جميع الرقة فاذا عفا احد هما بطل حقه وفرغ النصف فيعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساکت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعاً كما في مسئلة الفضولين ولا يخيغه رجه الله ان أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بمحصنة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم الف رجل والغان لاخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثاها لصاحب الألف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك ثبت للمشتري في العين ابتداءً الى هذا أشار الامام فاضحان والهبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقفي أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح في أوائل هذا الباب بان الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فامعني بناء قول أي خيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهم ليس في عين العبد بل في الارض وهذا لا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أي خيفة رجه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة بقبولها ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أي خيفة رجه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة **فصل** في الجنابة على العبد لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة

نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصيبه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبك أو اقتسده ربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه وله ديونه وتنفذه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده دية فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدلائل أصلاً انتهى وأنت خير بان التعليل المذكور يختص بوضع الديات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة **فصل** ومن قتل عبداً خطأ

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله بحسب قيمته بالغ ما بلغت ولو غصب عبد قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تحبب قيمته بالغ ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية) وبدل المالمية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالمية فلا نه (يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد بقاءه ببقاء المالمية أصلا) ان بقي العين (أوبدلا) ان (٣٦٩) هلك (وصار كقليل القيمة

وكأنه غصب) وأما أنه بدل المالمية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح الجانب المالمية على الأدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثرا لا يماثل النفس وبماثل المال (ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله) ووجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالمية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والأدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يقضي الى اهدارهما جميعا لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغته ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تحبب قيمته بالغ ما بلغت ولو غصب عبد قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تحبب قيمته بالغ ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية ولهذا يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد بقاءه ببقاء المالمية أصلا وأبدلا وصار كقليل القيمة وكأنه غصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالمية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمد او ان لم يكن القصاص بدلا عن المالمية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الاولى ترجيح الجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جنابة العبيد على الجنابة عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان اردنا ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اردنا فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توحيدها معاني آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الأدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساوهم في الأدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساوهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالمية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والأدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يقضي الى اهدارهما جميعا لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما ما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر أحدهما واهدار الآخر

(٤٧ - تكمله ثامن)

الاجماع وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما ما كان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قوله ما ولو قتل العبد المبيع (قوله لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار قليل القيمة وقوله (بأن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ
 ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لما افتقده لا كثر
 النسخ واسترض بان ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي ان عمر وعلي بن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته
 بالغة ما بلغت وأجيب بان المروي (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أوجب في ذلك المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل

وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالارأى ومثله لا يعارض ما هو وعرضة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة) أي لا يزداد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فأمّا طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الآن محمد ارجه الله قال في بعض الروايات القول به إذا يؤدي الى أنه يجب بقطع طرف العبد فو ما يجب بقتله الى أن قال فلهذا قال لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصانها في العبد انظارا لا بخططا رتبته وتعين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة) لان البد من الأدمي نصفه فتعتبر بكمه وينقص هذا المقدار انظارا لا بخططا رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدرة من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا غانت في يده فعليه تمام قيمتها ما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والاقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرض البد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لاتلاف احدى ما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد اتلاف أدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الا أدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات البد الباطلة فيه كما اشار اليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال حيث لم يوجد فيه اتلاف الا أدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الا أدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن ترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية) لانه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان الرأى والقياس لا يجزبان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بل رأى من غير سمع وأيضا ان العبد لا يتفاوتون في نفس الا أدمية لاجتماع هذه المتفاوتات في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الا أدمية كالتكاليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الأدمية فيها نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا غانت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد أمة قيمتها عشرون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع فما وجه الاعادة هنا وتكرر امسئلة واحدة في موضع قريب ليس من ذاب المصنفين كالأحنفي ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكرهنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكره فيما قبل انما هو بطريق الاستسناد فإين مسئلة قتل العبد خطأ بين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذ اذادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع وجعل الدليل ثبوت المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررناه) اشارة الى قوله ولا يبي حنيفة ومحمد رجما الله قوله تعالى ودية مسئلة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا نحرير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تمنع القصاص (قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوبه على وجه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعدد الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزيل الاشتباه واجتماعهما وجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك في الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت والورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مقيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر) فان كل واحد منهما لم يفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة قانت لا يبدل فلا عكس ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بقوات حقه فيستوفيه الاخر والاشتباه وقوله (على اعتبار احدى الحاليتين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله (فما يحتاج فيه) يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يجوز بهذا عن قال لاخر على ألف من فرض فقال المقر له لابل من غن يسيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البديل والاباحة فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعدد الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتماع الال اشتباه ولمحمد في الخلافة وهو ما اذا لم يكن العبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحاليتين والورثة بالولاية على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه كما اذا قال لاخر بعثني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه (الخ) واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لوضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم ألقته حيا فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الية اه اقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانها باعتبار ما حال الضرب والتلف معافا وجبنا القيمة دون الية باعتبار الحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا باعتبار الحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشرحه مفصلا في أو اخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسي بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شجني بخطه الضمير وفيه الى وتعدد الاستيفاء لكن ما لذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام أي في وجوبه على وجه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلاما في تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعني ان تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مراد به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فالبية كيف يحتاج هنالى أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا القوام من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يتخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغو أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينظم المعنى حيث جدوا يتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذي

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالامداد والقروج فانه استشهد بعدد يحمل الوطء وهو عما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجري فيه البديل (قوله والاموال ليست كذلك) اقول فيه بحث بل هي كذلك الا يرى انما تثبت بشة ادر حل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعدد يحمل الوطء) اقول أي بعدم حل الوطء فالصنف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) اقول لفظه ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع السراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص
الآثرى أن من جرح عبد انسان (٣٧٣) ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما يضمن النقصان
فان كان خطافا لاتفاق
وان كان عمدا فعند محمد
رحمه الله لان الدليل وهو
مخالفة النهاية للبداية
لا يفصل بينهما وبانقطاعهما
يسبق الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص كانه تلف باقعة
سماوية فان قيل ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى
لكونه جرحا بلا سراية
أجيب بأنه لا يجب نظرا الى
حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سري تبين أن الجناية
قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا)
ثبوت ولاية الاستيفاء في
العبد للمولى فيستوفيه (لان
القضى له) وهو المولى (معلوم
والحكم) وهو استيفاء
القصاص (متحد فوجب
القول بنبوت الاستيفاء
بخلاف الفصل الاول)
يعنى ماذا كان له ورثة غير
المولى حيث لم يجب القصاص
بالاتفاق (لان المقضى له
مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة
الجرح كان المقضى له هو
المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان
الورثة (ولامعتبر باختلاف
السبب هنا) أى في الفصل
الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى في العمد

ولان الاعتاق قاطع السراية وبانقطاعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما أنا تيقنا بنبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم
لا يختلف باختلاف تلك المسئلة لان ملك الميراث يغير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحتز به هذا عن قال لا خرف على ألف من فرض فقال المقر له بل من عن
مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة
فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز
بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر
ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من
ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات من الحدود
والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى
أن يفسر ما يحتاج فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه
أقول فيه خلل أما أولا فلا ان المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما
ثانيا فلا ان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهه الملك أو شبهه المخل
لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن
يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة
العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه ما نافية أقول نسخ العناية
التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا
لانه ما فسر ما يحتاج فيه بالدماء والفروج لم أن يحتز به عن الاموال بالضرورة لانهم ليست من
الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات
وكان لفظه ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذي أورده على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا
لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فامعنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاج فيه بالدماء
والفروج فيلزم أن يكون ماعدا أولى مشترك الا لزام تأمل تنهم (قوله ولان الاعتاق قاطع السراية
وبانقطاعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله
تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا يرى أن من جرح عبد
انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن
النقصان فان كان خطافا لاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة
النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف باقعة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سري تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان اراد بقوله في السؤال ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارض البددون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى
المستشهد بها بقوله كما اذا قال لا آخر يعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف (لان ملك الميراث يغير ملك النكاح حكما) لان ملك
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك الميراث قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولأن الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطادون العمد وذلك لأنه لا يقطع السراية (لأنه لا يشتبه من له الحق وذلك في الخطادون العمد لا يصلح مال كالمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فتقتضى منه دينه وتنفذ وصاياه فجاء الاستنباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣) الخلافة عنه إذا فرض أنه (لا وارث

سواء فلا اشتباه فيمن له الحق)

والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبيد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لأنه إما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبد به أحد كما حرّم شجاء) إذا قال لعبد به أحد كما حرّم شجاء فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك الميهم بالتعيين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معناه وان كان ظهور وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فإنه إذا قال أحد كما

والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاستنباه من له الحق وذلك في الخطادون العمد لان العبد لا يصلح مال كالمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فيقتضى منه دينه وينفذ وصاياه فجاء الاستنباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه إذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرض اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الأول للجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبد به أحد كما حرّم شجاء) فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واطهار من وجهه على ما عرف

أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً إذ يجب أرض اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرض اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكرناها هنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبداً انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرض اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك في الخطادون العمد لان العبد لا يصلح مال كالمال) فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فجاء الاستنباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت لأنه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه إذا وارث سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاستنباه المقضى لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك بقية الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرح حوايه والمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعمل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات في ائمه استنباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتنامل في الدفع

حرفات أحدهما وقتل تعين العتق لا آخر (فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق الميهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهار من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واطهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما أجبر عليه إذا المرء لا يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضاً وأحدهما حي يقيم فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان واحداً فأما أن قتلهم معاً أو متعاقبا فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للولي والدية للورثة فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وإن كانت فكل واحد منهما يجب دية في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لا تنقضي أنه قتل عبداً أو حر أو قتل الحر وجب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فإلزامه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول فكان على القاتل قيمة الأول للولي ودية الثاني للورثة وإن كان القاتل اثنين فأما ان قتل معاً أو متعاقبا فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعقوبة في حق العين كانه غير نازل

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهاراً محضاً وأحدهما حي يقيم فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانهم يتبعون بقتل كل واحد منهما ما هو كل منهما من ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما يحصن ضروره صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقتدر بقتل الضروره وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوك كافي حقها قال (ومن فقا عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من نقصان عند أي حنيفة وقالان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويمسك الجنة لانه يجعل الضمان مقابلاً بالقاتل فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدي يديه أو فقا احدي عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات فصرنا عليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول للقاتل أن يقول لظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات فصرنا عليه) قال جمهور الشراخ في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انهم معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات فصرنا عليه أي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصر على ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فسبب بل اعتبر في حق الذات والاطراف جميعاً هذا ما قلنا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافي لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والأدمية اعلاهما فيجب اعتبارها بأحد الادنى عند تعدد الجمع بينهما اه فان مدلول

وانما هو نازل في المنكر ولا تنقضي ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للولي أو لورثتهما وقيل هذا والأول سواء النصف للولي من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق في حق المولى نابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وإن لم يدرأيهما قتل أو لا فالحكم كذلك وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهم معاً سواء كان

القاتل واحداً أو اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن اذا القياس (بأي ثبوت العتق في المجهول) لانه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما يحصن ضروره صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيقتدر بقدر الضروره وهي في النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لان ان حلها حل تبعاً في العبد مملوك كافي حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقا عيني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجنة المبيعة وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدي يديه وفقاً احدي عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولا تأويل باعتبار المالية فيها لانها يسلكها مسلك الاموال (قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث

واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفوقها بقواتها (٣٧٥) بقوات الذات فكان اتلاف الاطراف

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يمتلك الجنة دفعا للضرر ورعاية للمائلة بخلاف ما إذا فتن أعينى حرانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يمتلك الجنة

ما قاله هناك ان المالية التي هي أدنى من الأدمية مهذرة في حق ذات العبد لانه عذر الجميع بينها وبين الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد ورجعهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فينبغي ما ندفع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أى في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلا يفسر الذات بجميع البدن وليس يصحح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نجعلك بيدك قالوا بجسد لا روح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلا يعلل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس يسد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابها بآدمية كافي المرتد ويرى وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أى في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الاطراف وجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل يتعصم عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد ورجعهما الله وان كان في استفادته من عبارة المصنف هنا عمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف وكلامه هنا مسوق لا قامة الحجة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن واعمل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كونه عادة أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والأدمية معتبران معا في ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا

كان اتلاف الذات من وجهه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضي (عكس الجنة دفعا للضرر ورعاية للمائلة بخلاف ما إذا فتن أعينى حرانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس * ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمه الله فقال (ولهما) أى لابي يوسف ومحمد ورجعهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه) وهو قوله وقال ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا

ألا ترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أى الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفاتت من الطرف بل يكون باراء الفاتت لا غير كافي فوق عيني الحر (ولا يمتلك الجنة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والخسعة وتلك الجنة كما في تحرير
الذوب (فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بأزاء الفئات لا غير
وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك الجنة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء الجانب الأدمية
حيث جعله كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرفتي عيناه فوفرناعلى الشبهين
حفظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته تطرأ إلى المالية وان شاء أمسكه ولا شيء له تطرأ إلى الأدمية والله أعلم
فصل في جنابة المدبر وأم الولد (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في

استحقاق اسم المملوكية
وهو العبد ثم ذكر فصل من
هو أحط رتبة منه في اسم
المملوكية وهو المدبر وأم
الولد غير أن أم الولد أحط
رتبة أيضاً من المدبر في ذلك
الاسم حتى ان القاضي لو
قضى بحوازي بيعها لا ينفذ
بخلاف المدبر وهي انى
أيضاً فالأفونة والأخطا
في اسم المملوكية أو جبا
تأخير ذكرها عن ذكر
المدبر قال (واذا جنى
المدبر وأم الولد جنابة ضمن
المولى الخ) جنابة المدبر على
سببه في ماله دون عاقلة
حالة (الماروى أن أباع عبده
ابن الجراح رضى الله عنه
قضى بجنابة المدبر على
مولاه) وكان أميراً بالشام
وقضاياه تظهر بين الصحابة
رضي الله عنهم وكان حكمه
بعض من الصحابة ولم
ينكره عليه أحد فحل محل
الاجماع (ولانه صار مانعاً من
تسليمه) كما ذكره في الكتاب

ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويترك الجنة فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم
فصل في جنابة المدبر وأم الولد قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الاقل من
قيمتهم ومن أرضها) لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه ولانه صار
مانعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجنابة
وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارض لانه لاحق لولى الجنابة في أكثر من الارض ولا يمنع من
المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الاقل لا محالة
بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفسد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وان
نالت لا توجب الاقيمة واحدة) لانه لا يمنع منه الا في رقبة واحدة ولا تدفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يشكر فلهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة
ومحدر جهما الله هي الأدمية دون المالية فانهم اهدر في ذاته عندهما في فصل الجنابة ولهذا لو زادت
قيمتهم على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا أن
يحمل قوله هنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الغرض فاللعنى ان المالية وان فرضت
معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه لكنه لا يتجاوز عن بعد

فصل في جنابة المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما لما ذكر باب جنابة
المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل
من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه
ان الملك اكمل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس اه
(أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب
حيث عدا كهما المولى بدورقة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا بد كما عرف في محله
لا ينفى أكلية الملك في العبد فان مولاه يملكه بدورقة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه
بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاه لا يملك التصرف فيه مامن جهة البيع والهبة واشباههما
لانهم لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا يخفى أن أكلية الملك في العبد كافية في تفديعه
على المدبر وأم الولد في الذكرك في باب جنابة المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارض لانه لاحق لولى الجنابة في أكثر من الارض ولا يمنع من المولى في
أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الاقل والاكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء الجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرفتي عيناه) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ
فما باله اعتبره هنا الأدمية
فصل في جنابة المدبر وأم الولد (قوله وهو العبد) أقول الاولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو
المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك اكمل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالحصر فيها) أى فى القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجنابة عليه) قال فى النهاية ومن صورته ماذا كره فى الميسوط قال وإذا قتل المذبح رجلا خطأ وقيمه ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفادهم لأنه جنى على الثانى وقيمه ألفان ولولم يكن منه إلا تلك الجنابة لكان المولى ضامنا لقيمه ألفين ثم ألف من هذا لولى القتل الأوسط خاصة لأن لولى الأول انما ثبتت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الألف الثانية فيسلم ذلك لولى القتل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين لولى القتل الأول وبين الأوسط لأنه لاحق فى هذه الخمسمائة لولى القتل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بنسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جميعا يضرب فيها الألف آخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شئ

من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شئ عليه) أى على المولى لانه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجنايته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فى الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع لولى الجنابة الأولى) (وهذا عند أى خفيفة رجه الله وقال لا شئ على المولى)

ويتضاربون بالحصر فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجنابة عليه لان المنع فى هذا الوقت ينحقق قال (فان جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى لولى الأول بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع لولى الجنابة وهذا عند أى خفيفة وقال لا شئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا بى - شئ ان المولى جان بدفع حق لولى الجنابة الثانية طوعا وولى الأول ضامن بقض حقه ظلما فيخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك لولى الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية فى حقه جعلت للمقارنة فى حق التضمن لابطاله ما تعلق به من حق لولى الثانية عملا بالشبهين

قالوا قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم الملوكة وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية فى حقه وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمن نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر ان الغصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة فى حق تشريك لولى الجنابة الثانية لولى الجنابة الأولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولى الجنابة الأولى خاصة لتقدمه فى استحقاقه المدفوع على لولى الجنابة الثانية حقيقة وكما لو كان لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكما عملنا بشبه المقارنة فنكرنا لولى الثانية لولى الأولى كدلل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك لولى الجنابة الأولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمن بعض المدفوع للولى وقال صاحب الغاية فى بيان معنى المقام جعلت الثانية للمقارنة فى حق التضمن اذا وقع بغير قضاء لانه ابطال ما تعلق به حق الثانى ولم يجعل للمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اهـ وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشئ (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرفت فى موضعه فلما أمكن العمل بهما فى صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير فى اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعل ذلك القائل وانما كان يصح

(٤٨ - نكملها من)

لانه ليس بمجان فى الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما أمره القاضى لورفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كفى الرجوع فى الهبة ولأبى خفيفة رجه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلا نه دفع حق لولى الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو لولى الجنابة الأولى فيقبض حق لولى الثانية ظالما والرجوع على الجانى جائز فيخير فى الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك لولى الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية فى حقه فجعلت الثانية للمقارنة للأولى فى حق التضمن لابطاله) أى ابطال المولى (ما تعلق به من حق لولى الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك فى حق أولياء الجناتين سواء فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجناتين جميعا وهنالك لودفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان لا آخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها واجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمن نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن اذا دفع بغير قضاء لانه ابطال ما يتعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع مما يشبهه المقارنة والتأخر وقوله (واذا اعتق المولى المدبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لماذا كرحكم المدبر في الجناية (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(واذا اعتق المولى المدبر وقد جن جنائيات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما واجب عليه بالمنع فمار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء دمانع من الدفع كالسدوير (واذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه شيء حتى أولم يعتق) لان موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب مات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضاً ان يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن نجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشرىك ولي الثانية لولى الأولى وان نجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كالايجز

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية لماذا كرحكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفقر أو أفلأ ن وجهه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه وأما ما نأفلأ ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فمعنى قوله لماذا كرحكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ما نأفلأ ن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كالايجز على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعتد ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كرحكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليه وما يرد منه ما ذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الآخرين منها وادرس عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كرجناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنائياتهم مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جرح كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقريب بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية الخ)

يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها ويفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشرىك لولى الجناية الأولى ثم الأولى تبدل النصف ببعض

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفوا الغاصب لا يملك الا براءة الضمان ضرورة كى لا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك فكانت ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدر الأنا ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأفقه سماوية فيضمن فليتنا مل

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا (وكيف لا يكون مستردا) وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جنائنه الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكما وبد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة (٣٧٩) لان بعد الغصب لم تثبت يده

على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر عليه الضمان وفيه نظر لا لاننا سلم أن بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكالهما والبد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مبرحا وقوله (واذا غصب العبد المحصور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بانعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للعداء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحصور عليه عبد اعجمي ورأى عليه جنات في يده فهو ضامن) لان المحصور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا جنى عنه جنابة ثم رده على المولى فبني عنه جنابة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أخرج نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للعداء فيصير مبطلا حتى أولياء الجنابة ادفعهم فيه ولم يمنع الا رقبته واحدة فلا يراد على قيمته ويكون بين ولي الجنابة وبين نصفين لاستوائهم ما في الموجب قال (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في بد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (و يدفعه الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله

واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الآن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنائنه الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكما وبد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أو رد على ما اختاره من التعليل نظر احيث قال وفيه نظر لا لاننا سلم ان بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكالهما والبد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مبرحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت بد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت البد على الشيء حكما أن يرتب على تلك البدل حكم من الاحكام وقد ترتب على بد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

نحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الهاني من غير علم بجنائه فان فيه الاقل من قيمته ومن الارض فكذا هذا وقوله (فصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد) هذا السبب أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فبني في يده فرد الى المولى فبني جنابة قد دفع الى ولي الجنابةين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (و يدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجنابة (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (أي
 لا يدفعه الى ولي الجنابة
 الاولى) (لان الذي يرجع به
 المولى على الغاصب عوض
 ما سلم لولى الجنابة الاولى
 فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي
 الى اجتماع البدل والمبدل
 في ملك رجل واحد ولئلا
 يشكر الاستحقاق) والجواب
 أن المولى ملك ما قبضه
 من الغاصب ودفعه الى
 ولي الجنابة الاولى عوضا
 عما أخذ ولي الجنابة
 الثانية دون الاولى فلا
 يجتمع البدل والمبدل في
 ملك شخص واحد (ولهما
 أن حق الأول في جميع
 القيمة لانه حين جنى في
 حقه لا يراجه أحد وانما
 انتقص حقه بمزاجه الثاني
 فاذا وجد شيئا من بدل
 العبد في يد المالك فارغا
 أخذه انما لحقه واذا
 أخذه منه يرجع المولى
 بما أخذه على الغاصب لانه
 استحق من يده بسبب كان
 في يد الغاصب) واعترض
 بأن الثانية مقارنة للأولى
 فكيف يكون حق الأول
 في جميع القيمة والجواب
 أن المقارنة جعلت حكما في
 حق التضمن لا غير الاولى
 متقدمة حقيقة وقد
 انعقدت موجبة لكل
 القيمة من غير مزاحم
 وأمكن توفير مزاجها فلا

يتمتع بلامانع

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى
 الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
 الاستحقاق ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وانما انتقص
 باعتبار مزاجه الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا بأخذه لستم حقه فاذا أخذه منه
 يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب

وأما سند منعه فليس يتم أيضا فلا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد بدان حكمه بئان بكما لهما من
 جهتين مختلفتين وهما كذلك فان ثبوت بدل المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سرية القطع الذي
 صدر منه في يده وثبوت بدل الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلقت الجهتان (قوله
 وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى
 الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج
 الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذ ولي الجنابة الاولى حتى
 يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذ ولي الجنابة الثانية فلا يجتمع البدل
 والمبدل في ملك واحد اهـ (أقول) فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن
 يكون عوض ما أخذ ولي الجنابة الثانية والجنابة الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند
 الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجنابة التي صدرت من
 مدبر حال كونه في يده والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كالأرب فيه وعن هذا فرق محمد بين
 هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه
 وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجنابة الاولى عوضا
 عما أخذ ولي الجنابة الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول)
 هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الآن في تقريره مساعا التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة
 حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجنابة الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم
 ثم ان الاظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره بهو الشراح وعزاه صاحب
 الغاية الى الامام قاضيان حيث قال وجوابه ما قاله نضر الدين قاضيان ان ما أخذ المولى من الغاصب
 هو بدل عن المدفوع الى ولي الجنابة الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجنابة
 الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان
 ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ان يكون المأخوذ
 بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اهـ (قوله ولهما أن حق الأول في
 جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وانما انتقص باعتبار مزاجه الثاني الخ) قال في العناية
 واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكما فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن
 المقارنة جعلت حكما في حق التضمن لا غير الاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
 من غير مزاحم وأمكن توفير مزاجها فلا يمنع بلامانع اهـ (أقول) في الجواب بحث لا نالنا لم أن
 المقارنة جعلت حكما في حق التضمن لا غير بل جعلت حكما أيضا في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية لولى
 الجنابة الاولى كما أرشد اليه قول المصنف في النصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا
 يشارك ولي الجنابة الثانية الاولى اهـ فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية
 أيضا كان ولي الجنابة الثانية من اجالولى الجنابة الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي
 الجنابة الاولى وحده كل القيمة مع مزاجه ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار تقدم الاولى
 حقيقة دون المقارنة الحكيمة ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة فكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق
لمحمد رجه الله بينهما وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٣٨١) الى ولي الجناية الاولى لم يؤدى الى

الجمع بين البديل والبديل
لأنه لا كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما أخذه
المولى من الغاصب بدلا عما
دفع الى ولي الجناية الثانية
دون الاولى لان الثانية هي
الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع
اليه لا يلزم بالدفع جمع بين
البديل والمبدل وقوله (ثم
وضع) يعنى أن محمد رجه
الله وضع في الجامع الصغير
هذه المسئلة في العبد بعد
ما وضعها في المدر وكلامه
فيه واضح وقوله (ومن
غصب مديرا فعنى عنده
جناية) كذلك وقوله (ثم
قبل هذه المسئلة على
الاختلاف) يعنى قال بعض
المسايخ رجه الله في هذه
المسئلة خلاف محمد رجه الله
أيضا كما في المسئلة الاولى
حتى يسلم للمولى ما رجع
به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية
الاولى ما بقي من حقه وقيل
على الاتفاق وبأخذ ولي
الجناية الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد
رجه الله ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بدلا
خلاف وكذا قرر من غير
الاسلام رجه الله وغيره

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فعنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ما
نصفان ويرجع نصف القيمة على الغاصب) لما ينافي الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فبدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب مديرا فعنى عنده جناية أخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب نصف القيمة فبدفعه الى الاول ويرجع
به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فعنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فبدفعه
الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدر في جميع ما ذكرنا الآن في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مديرا فعنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (فبدفع نصفها الى
الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من
بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى
ولى الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قبل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاول الذى
يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلودفع اليه ثانيا
يشكر والاستحقاق

بالاجماع فليست أمثل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق
حق الاول) أقول أقائل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكلها
كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغى أن لا تكون التي وجبت على المولى بين وليي
الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما ماثلان لما لولى الجناية
الاولى وثلاثة لولى الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به
المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجناية الثانية
بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغى أن يتضارب في القيمة
بقدر حقه ما فيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنايات المدر اذا اؤلت لا توجب الاقيمة واحدة
لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالخصص فيها وان كان حق ولي
الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها
وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب
ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزامه
فلما اندفع التزامه بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولي الجناية
الثانية في النصف الساقط بالتزامه اليه حتى ولي الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار
الشق الثاني ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها
بتزامه الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رجه الله الى الفرق بين هاتين المسلتين وقد ذكر في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليه استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ناسيا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيداً) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتبا ونقله إلى هذه الأما كن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في بنفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرة الكبير والحرة الكبير في بنفسه فكذلك المكاتب وإن كان صغيراً فإن قبل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأما كن تعدى فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن يتطران كان الناقل قبله ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن الغصب (٣٨٣) عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من

حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عبده بي ما لا فائدة في يده لا ضمان عليه بالإجماع وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن بالإجماع وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول

فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيداً) أي ذهب به بغير إذن وليه أو بغير إذن الغاصب (الدية) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لأن الغصب في الحر لا يتحقق إلا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر إذا كان الصغير حراً رقبته وبدأ أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسيباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق وهذا الان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعدي فيه وقد زال حفظ المولى فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بهمي لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأما كن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحي والامراض تقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لتكون قتلاً تسيباً قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلي عاقلة الدية وإن أودع طعماً ما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه ما لا فائدة له لا يؤاخذ به الضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد يؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الأقراض والأعارة في العبد والعبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عطل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أئلف ما لا متقوماً معصوماً حقيقاً المالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً

بالكلية بنزاحم الأول وذلك لأنه لا حق لقبير الأول عند وجود الجناية الأولى فانهقدت سبباً موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه إنما كان يعارض حدوث المزاجاة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تقع سبباً موجبا لاستحقاق الرائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقر عندهم ومضى في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تبسر من الكلام في توجيه المقام (قوله) فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال صاحب العناية فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن

أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا في الحال ولا بعد الإدراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عبده ودية ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعد فيه نحر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غير من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيان والتمرتا شئاً فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيه هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً (قوله فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فإنه لما أخذ المولى الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لوجده أنه شيئاً فأرغم من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ناسياً على الغاصب لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سيطر على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه وقوله (في يد مائة) أي من الأبداع والاعارة يعني أن المودع وضع المال في يد مائة عن الأبداع ومن فعل كذلك لا يستحق التطور لأنه أوقع ماله في يد مائة بدفع غيره عليه باختياره إلا إذا كان وضعه فيها إقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضيقا من جهته وفي قوله (لأنه لا ولاية له على الصبي) نظر لأن إقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والآن سيد باب الوديعة ويمكن أن يقال إنما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الأبداع من الصبي تسليطه على الاتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لأن التسليم إليه تضيق على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضيق ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال إقامة غيره مقام نفسه تستلزم أملاية القيم على من أقامه مقامه كافي هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كافي سائر صور (٣٨٣) الودائع ولم يوجد شيء من ذلك

في أبداع الصبي الأجنبي وقوله (لأن عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيه ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الأموال فإن المالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فنفقها فإنه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط

وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا في حنيضة ومحمد أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بأذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقه وقد قوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مائة فلا يبيح مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبد لأن عصمته لحقه اذ هو مبيع على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وأن استهلك ما لا ضمان) يريد به من غير أبداع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بهما في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (وإذا وجد القاتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خمسة رجال منهم)

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليه استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا في نظره المزبور عليه ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق إلا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القاتل يؤل إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكره في باب على حدة في آخر الدييات ثم إن

والجواب أن كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وأعمال يملك خنقها من حيث أنه تضيق فكان كالنسيب وقوله (لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك لا يبدع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القاتل في بعض الأحوال يؤل إلى القسامة ذكره في آخر الدييات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الأقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسيبها وجود القاتل فيما ذكرنا وركننا الجراء العيين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول في تمسية النظر تأمل (باب القسامة)

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا غير أنه لا يكره اليقين بل يرد على الولي فان حلفوا الادية عليهم الشافعي في البدعة يمين الولي قوله عليه السلام لا اوباء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصله كافي التناول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتخيرهم الولي إشارة الى أن خيار تعيين الخصمين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يثمه بالقتل أو يختار صالحى أهل الحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجلة فجاء اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في الغناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وسرته ووجود أثر القتل في الميت وتكبل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاختلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالا لان أحدهما انه كفى في افادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وسرته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشروع وثانيتها انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرافقة في مسئلة عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وهي ما سيجي في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتل في قرية لا مرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلها وقال أبو يوسف القسامة على العاقله أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة في الجلة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أى قرينة حال توقع في القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد رجهه كلام أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه تخصيصه بالشافى كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه حتى العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانياً فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أى منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى وبعضهم على مالك حتى المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قرين وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تغليب غير المدعى عليه من أهل الحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحق خمسون رجلا من أهل الحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجي وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب) أى مذهب الشافعى رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكره اليقين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعنى كافي سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة وبقي كلامه واضح

(قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد عيّن الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد عيّن الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لانه عيّن وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بإيمانهم والان اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقوله (لانه عيّن وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجزى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة ولا أعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بإيمانهم) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحوبيصة ومحبيصة خرجوا في التجارة الى خيبر ونفروا لخواججهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خيبر بتشخط في دمه فجأوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يشكهم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر فتكلم أحد مدعيه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتلوا ومن يقتلهم سوى اليهود

وقال وهكذا الجواب في المسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعديل به اللهم الا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعى هنا وجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسم بين الخصمين والقسمه تنافي الشركة وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمه تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمه الشركة انما تقتضى أن لا يحلف المدعى لأن لا يحلف غيره المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل توقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد عيّن الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد عيّن الطالح) أقول لا فائدة هنالك كالمقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس النا كل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل محرزاً عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسمه لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذلك المقدمة ههنا ولقد أصح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرزون الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله في الفائدة في استخلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حارم حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال فان قيل أية فائدة في الاستخلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قوله لهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لحراز المغرم ولا دافع المغرم قيل انما استخلفوا على العلم انباءا السنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبع السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فيكون التحليف على العلم مفيداً وجائزاً أن يقر على عبده غيره فصدق مولاة فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً جازاً أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الخالفين عبد كالمثل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأاً أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ولنا

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم الله ومحمول على الإبراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجيب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بخبرهم عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص

وبني الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمراً صبيهاً ومجنوناً أو عبداً مجبوراً بالقتل فلا أثر به يلزمه في ماله فحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكره منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجر القسامة بينهم بالكلية وانما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتل أياها حيث قالوا لا أرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شرط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وانما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أوجباته من ابل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البراليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث انما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه تجوز الجمالة عن أهل الذمة فان قضاء دين الغير بره وأهل الذمة من أهل البراليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الأعلى سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق ورواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة ورواه أيضاً في مصنفه ومنهم الواقدي ورواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجبالاً من قبل حيث قال وروي ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الانصار ووجد في جب اليهود بخير وذكروا الحديث إلى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود وظاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر ان هذا قتل وجد بين أظهركم فما الذي يخرج عنه عنكم فكتبوا له ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فأرسل الله تعالى على موسى عليه السلام أمرهم ان كتب نبياً فأسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً ثم تفرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالتام من أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بوجوب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجيب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بخبرهم عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولان

قال عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها
فقالوا لا أرضى بأيمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
فقال عليه الصلاة والسلام
أحلفون وتستخفون دم
صاحبكم فقالوا كيف تحلف
على أمر لم نعاين ولم نشاهد
فكره رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن يبطل دمه
فودع جماعة من ابل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله
بقوله عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها على
أنه لا دية بعد الحلف والاملا
كان غرة براءة ووادعة قبيلة
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه
جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل) أقول
فيه بحث فانه لم يجر بينهم
القسامة بالكلية وانما وادع
رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وفي رواية
من ابل الصدقة على ما ذكر
في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا

ثم الدية يجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كإتي القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل دمه ولهذا يسقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد والخطأ لا تتم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأبائهم أنه قتل ولبه عدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقي من أهل المحلة ويقال للولي ألك مينة فإن قال لا يستحلف المدعي عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأبائه لا احتمال وجود القتل من غيرهم وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعي عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه يبق على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

وقوله (بدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استخلف خسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه

اليمين عهد في الشرع مبرئا للدعي عليه لكن رد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى ولي القتل للقتل العمد فإن الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فإن حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر بأنه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل يجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القتل وإن ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنهم ما قتلناه ولا علمنا له فإطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيصور أن وقع القتل منهم عدا ولم يعلم الولي بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقر بيه خطأ فلو أقر في مثل ذلك بالقتل العمد تحزر أن الإيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تخليفهم لتظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً فإن قلت إذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عدا أو خطأ استخلف خسون منهم باقاه ما قتلناه ولا علمنا له فإطلاق القتل كما استخلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب فتأمل فإن حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية يجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه له ذكر قوله لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكره لا بأبائهم لا أنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فإني بآتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية يجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا مازما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع مازما كما في سائر الدعاوى فالدفع له أن يقال الدية إنما يجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بأبائهم فلم يكن اليمين ملازما كما في سائر الدعاوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأبائهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا إذا ادعى الولي القتل عدا أما إذا ادعاه خطأ فنسلك أهل المحلة قائمه بقضي الدية على عاقلة ولا يجسسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيّد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء وجوب الدية إن حلفوا والحبس حتى يحلفوا إن أوادى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكرناه تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فتوجب به بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له يمينه وان لم تكن استخلفه
يميناً واحدة لانه ليس بقسامة لا لعدم النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل
أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين) لما روي أن عمر رضى الله عنه لما قضى في القسامة
واقى اليه تسعة وأربعون رجلاً فكرروا اليه على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب انما هما ما أمكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملاً فأراد الولي
أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي
ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليعين قول صحيح

وقوله (على اختلاف مضي
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبيه حيث
قال ومن ادعى قصاصاً على
غيره فجهد استخلف بالاجماع
الح قال (وان لم يكمل أهل
المحلة خمسين) واقى اليه أي
أتى اليه وأهل اللغة يقولون
واقاه

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بآعيانهم والدعوى في العمد
أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف النسا كل موجب النكول في كل واحدة من صورتى دعوى العمد
ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون فاطمة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه
الامام قاضيهان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر
نقات الائمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدره هذا الباب حكم القسامة
القضاة وجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبوا القسامة
فحبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضاً على الاطلاق كما ترى ثم أقول
التحقيق هنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على
الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والآخرى أنهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على
عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فكلوا عن
الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال
لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان
ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي
هنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فجهد استخلف
بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف
أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفما دونها انتهى فقتضى اطلاق
ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد
وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة
هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضاً في المحيط
والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول لكن
يبقى اشكال التناهي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً
فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فتوجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص
اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا فاعداً من القواعد المقررة عندهم أن النص

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسوا من أهل النصر واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس يقتل اذا القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حتى وهذا ميت خفف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو بده أو ذكروه لان الدم يخرج من هذه المخرج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن الا لاكثر حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة

ولم يذكر الاتف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر القم مطلقا وقد قيل اذا سعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره في الاسلام في شرح الزبادات وكلامه ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه تكرر (قال المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي) أقول فيه بحث لان هذا قياس

الوارد على خلاف القياس يختص عورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بعوردها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعي عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلا فها اطلاقها بحسب المورد أضافه وممنوع اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهم ليسوا من أهل النصر واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تقي في آخر هذا الباب وهي أن يلو وجد قتل في قرية لا مرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة بكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجي في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن الا لاكثر حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لا المرء وما سواها ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجد فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحق به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة فاصغر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وقوله (ولاناواعتبرناه يتكرر في القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقبل وجب

بالا كثيرا اذا وجد وكذلك
لوجب بالنصف لو وجب
بالنصف الاخر فتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة
نفس واحدة وذلك لا يجوز
فان قيل ينبغي ان تجب
القسامة اذا وجد الرأس
لانه يعبر به عن جميع البدن
أجيب بان ذلك بطريق
المجاز والمعتبر هو الحقيقة
ولانه لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الاولى فلزم
التكرار وقيل كان ينبغي ان
يقول تتكرر القسامة
والدية بلفظ المفرد دون
التثنية لان غرضه ثبوت
القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبرة التثنية
تستلزم ان يكون أكثر من
القسامتين والديتين ويجوز
ان يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين
يتكرران في خسين نفسا
وقوله (والمعنى ما أشرنا
اليه) يريد به التكرار
المذكور وعدمه وقوله (لان
الظاهر ان تام الخلق ينفصل
حيا) اعترض عليه بان
الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في
عين الصبي وذكره ولسانه
اذ لم تعلم صحته حكومة

وقوله ويجوز ان يكون مراده
القسامتان والديتان على
القطعتين يتكرران في
خسين نفسا أقول جزء
الدية لا يسمى دية حتى يقال

ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري
فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلافة الجنازة في هذا نسخ على هذا الاصل لانها لا تتكرر
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) لانه لا يفرق الكبير حالا (وان
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينقص لحييا
(وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لحييا

الشاعرة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سواه ليس بكل أصلا حقيقة
ولاحكم ان في أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف
الا أن لا كثر حكم الكل تعظيما لا دمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك
بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق
به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة
النص كما لا يخفى (قوله ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني
لو وجبت بالاقبل لو جبت بالا كثيرا ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الاخر ايضا
اذا وجد فلزم ان تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين
يتكرران في خسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع أعيان
يقسم بها خمسة من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف
يتصور ان يتحققا في كل واحد من خسين نفسا حتى يصح توجيه تكرار القسامتين والديتين على
القطعتين يتكررت في خسين نفسا وانما الموجود في أحد خسين نفسا بعض القسامة والدية لانفسهما
والكلام في اسناد التكرار الى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه
ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان
الباقي نصف القتل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد
صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في
الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانتقض عمل هذه الصورة قوله وان كان بحال
لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة) أقول في تحريره هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول ان الجنين على
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في
بطن أمه أم وجوده مع أمه فهو بعزل عما نحن فيه ليكون الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه
والجنين يتم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فلا اقتصار هنا على نفي أثر
الضرب تفصيلا والظاهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم ثم تدبر
(قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق
ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا

يتكرر في خسين نفسا تأمل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر الى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب لا يتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيـل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذ السؤال ورعا فواء لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا ينبغي أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر هنا أيضا اعتبار دفع الماعسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أصبح كسجج الكهـان قوموا فـدوه قال (واذا وجد القتيـل على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيـل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو رابها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الركب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيـل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيـل (٣٩٢) في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك

على المالك لاعلى السكان وأجيب أولاً باننا لانسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الركب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها يجب عليه ونائباً وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على النبي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة في

قال (واذا وجد القتيـل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو رابها (فان اجتمعوا فعلمهم) لان القتيـل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قتيـل فهو على أقربهما) لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القتيـل الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيـل الى وادعة أقرب فـقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصرنا

لم تعلم صحتها حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب عنه بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيـل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وكذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوامهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذ السؤال ورعا فواء لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها

هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف قال والرأى والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة وأرجب) هما قبيـلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرذ السؤال ورعا فواء) أقول بل يرده فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لامر النفوس ومنع كاية القضية الفائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبقوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً فليتلأمل (قوله فلا ينبغي أن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضاً لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك) أقول ذلك في الغرة والقسامة والدية ليستافى معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الركب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الركب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني فيما سيجي عن مسألة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كافي الدار فيبغي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمد ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أولا كقولهما وأما بعده فظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطئة دون المشتريين)

الخطئة المكان المختلط لبناه دارا وغيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا على كونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانقين فانه مختط خطئة لتتميز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطئة والدية على عاقلته وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطئة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار إليهم المشترون في ذلك ويجوز أن يكون فيه تالوج الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتل في دار بين مشتري وخطئة فانه ما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فوجب القسامة على أهل الخطئة دون المشتريين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن العرف أن المشتريين قليا يراجون أصحاب الخطئة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استمر من الدار

قال (واذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده والدية على عاقلته (لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد) وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا مخسيرا ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أديم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خير فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطئة دون المشتريين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشترك لان الضمان انما يجب بترك الحفظ منه ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانب مقصرا والولاية باعتبار المالك وقد استتروا فيه ولهما أن صاحب الخطئة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطئة لما ينسأ (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشتريين) لان الولاية انتقلت اليهم وأخلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجهم

مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان ما لم يمتنع من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك به مسلكها اهدار امر حقير وما لم يمتنع من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبر دفاعا لما عسى يدهي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أصبح كسجع الكهان قوموا فادعوا انتهى أقول يرد عليه أن حديث جل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فادعوا لكونها بدل النفس كما تفسر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن نام الخلق يتفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث جل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث جل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحين قال كنت بين جار يتسلى في فصر بت احدهما مابطن صاحبته ابعد فسطاط أو بسطخ خيمة فالتفت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استمل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أصبح كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادعوا الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداها

(٥٠ - تكلمنا ثامن) واجازتها واعرتهما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما ينسأ) إشارة الى قوله ان صاحب الخطئة هو المختص وقوله (ولاة اصيل) والمشتري دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رجما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يراجهم) يرجع الى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتل في دار) يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في النخبة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على انهما عليهما جميعا اذا كانوا حاضرا وروايته فتاوى

(واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل الحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم وله ما ان الحضور لم يمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها الرجل وعشرها الرجل ولا تخرب ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يراحم صاحب الكثير في التدبير فكأنوا سوا في الحفظ والتقصير فبكون على عدد الرؤس منزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصبى له لانه انما أنزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كافي صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان حاز أن يجعل على احدي الروايتين التبع كرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منهما فان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وبما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتعبر أو أمانا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرح المراد (قوله لانه انما أنزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر يعني أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع المالك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

العناية وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ بالسيد والمالك سنيها وقالوا بولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك والاخر السيد كان اعتبار الدية منه أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتل فاما أن يكون البيع باتا وفيه الخيار فان كان الاول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

له ودليهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولنكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على) عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلة) أقول لا يظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تقريره اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والاجتهاد فان اليد للبائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري ففي صورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الرواية كاشفة بخصوصية بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليدما كان أصالة وبدل المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي خنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مئونة الملك فكانت على (٣٩٥) المالك والجناية موجبة للضمان

بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لاذكر من الدليل وقوله (ومن كان في يده دار فوجدها قنيل لم تعقله العاقلة) يعني اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها اوديعه أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) ولا يختلج في وهمة صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله (واللفظ) أي لفظ القدر يرى وهو قوله على من فهم من الركب والملاحين يشمل أربابها أي ملاكها وغير ملاكها وقوله (وهذا) أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي خنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجدها قنيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال (وان وجد قنيل في سفينة فالقسامة على من فهم من الركب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى نجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من عيدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحوّل فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين

بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاها في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد المطلق أي سواء كانت يد أصالة أو بدنية فليس يصحح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالحصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تنفذ بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجدها قنيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) قال صاحب الغناية ولا يختلج في وهمة صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهذا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغناية هنا ولا يلزم أن يخفف أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع بوجدها قنيل أن الدية يجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية

في مسجد محلة كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عوانه وكذا في بعض صور البيع المنجز

قوله (فنعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكنا مملوكا أو غير مملوك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون نائبا عن المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنها في اليا إلى أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وان مررت دابة بين قريتين وعليهما قتيل وقوله (وان وجد في وسط القرات) يريد به القرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية القرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط قالوا هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لجامعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قوله أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان أن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصره ولأنه بنى لاستيفاء حق المسلمين فإذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه أربعة المالك والسكان وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في قرية ليس بقرية بعمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلزمه الغوث من غيره فلا يوصف أحدا بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحدا أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط القرات يمر به الماء فهو هدر) لأنه ليس في بدا حد ولا في ملكه (وان كان محتسبا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في يدمن هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بها غنمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه كرتابه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لأنه منهم بخلاف ما ذكرنا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قسامة تقدير حيث لم يأخذوا على يد النظام

ما وافقه حيث قال وفي جامع الكرايسي اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك إلا بالينة فلا يرتد ضاع عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن المالك في المسئلة المتقدمة كان المشتري لا محالة وعن هذا انشا النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان المالك أيضا البائع لما صار يحمل الخلاف واقامة الحجته من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان المالك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذلك يد المالك اذ ثبت يد المالك يقتضي ثبوت نفس المالك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بيد المالك غير معناه الظاهر رأى السيد التي كان اصحابها ملك في الاصل وان زال ذلك المالك في الحال بالبيع فماعتى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتيب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لا مأمنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذ ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتضى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما ذكرنا اذ ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو متنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعياهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذ ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة

وقوله (فأجلوا عن قتل) أي انكشفوا عنه وانفروا

(٣٩٧)

وقوله (لان القتل بين

أظهرهم) أي وجد بين
أظهرهم يعني بينهم
والظاهر والاطهر بحيثان
مقحمين كافي قوله صلى
الله عليه وسلم لاصدقة
الاعن ظهر غنى أي صادرة
عن غنى فان قيل الظاهر
أن فاته من غير أهل
المحلة وأنه من خصماته
أجيب بأنه قد تعذر الوقوف
على قاتله حقيقة فيتعلق
بالسبب الظاهر وهو وجوده
قتلًا في محلهم وقوله
(لان مجرد الدعوى لا يثبت
الحق) أي الاستحقاق
عند انكار المدعى عليه
للمحديث الذي رويناه أي
في أوائل باب القسامة
وأوله قوله صلى الله عليه
وسلم لو أعطى الناس بدعواهم
لادعى قوم دماء قوم
وأموالهم لكن البينة على
المدعى والمين على من أنكر
لا يقال الظاهر أنهم قتلوه
لما علمت غير مرة أن الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق
وقوله (وان وجد في خباء
أوفسطاط) الخباء الخيمة
من الصوف والفسطاط
الخيمة العظيمة فكان أعظم
من الخباء وقوله (فعلى
أقرب الاخبية) قيل هذا
إذا نزلوا قبائل قبائل
متفرقين أما إذا نزلوا مختلطين
فأدبية والقسامة عليهم

ولان أهل المحلة لا يغمرون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم
امتنع دعوا عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل
المحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الأن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه
فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت راءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولاعلى أولئك
حتى يقيموا البينة) لان مجرد الادعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما بسقطه الحق عن أهل المحلة
لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكر أو قاموا بفلاة من الارض لأمك لا جد فيها فان وجد
في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنه الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية)
اعتبار اليمد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذلك كون القاتل منهم بدون أن يتعين
خصوصه ويتعينه واحدا منهم بلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص
القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه
فهو ممنوع كالأخفى وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه
أولم يتعين فهو أيضا ممنوع اذا لا يظهر وجه كون الجنابة الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه
سببًا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى أنه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجودين أظهرهم
أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا
عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلوا أيضا تقديرًا لبركهم النصرة لعدم أخذهم على بذلك
القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغمرون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلوا
تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فسر كوا النصرة
وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتل خفية فلا ولتم سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة بشكل
بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك
السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي
حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء
لأهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه
صار مبرئًا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى
أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغمرون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعوا عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى
الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغمروا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي
فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لم أن تسقط الغرامة عن غيرهم لفقد شرط الغرامة
وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه
الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر النحارج
انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه اتفاقا للموضعين (قوله واذا التقى قوم
بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لان القتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم
والظاهر والاطهر بحيثان مقحمين كافي قوله عليه الصلاة والسلام لاصدقة الاعن ظهر غنى أي صادرة
عن غنى فالظاهر فيه مقحم كافي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم
كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصماته قلنا قد تعذر الوقوف على

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل
المحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى للقاتلة وأن يكون مفعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتلته فكان هذرا) يجوز الى ذكر الفرق بين هذين المسلمين اذا اقتتلا عصبية في محلة فأجلاوا عن قتل فان عليهم القسمة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لأم المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الجمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسمة والدية على أهل ذلك المكان لو ورد النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) إشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أو قاتلوا الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتلته فلان استخلف بالله) يعني لا تسقط اليقين عنه بقوله قتلته فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن عينه حيث قال قتلته فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه وإذا كان كذلك يخلف على أنه (٣٩٨) ما قبله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

الخ) اذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يوجب حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد مطلقها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسمة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتلته فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم (وان كان للارض مالك فبالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتلته فلان استخلف بالله ما قبلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيخلف على ما ذكرناه لانها أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليقين فبقي حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بازالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه فانه حقيقة فينتقل الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكتم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم موجبا للاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لو ورد النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسأني مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسمة ولا دية

وعلى

مطلقها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا لا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كما في قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول به أي القاتل انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتلته الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثقة ولو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الجمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فبالعسكر كالسكان) أقول قال الزبيلي وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يترجحون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزوا فيه للانتقال والترحال لا لقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه لقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك محققته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانها أقر بالقتل على واحد) أقول أقرر القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالأجماع كالوكيل إذا خاصم ثم عزل والثاني إذا كانت له جل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالأجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل مانحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمرو وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وعوهم ما جعلنا من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما هو والوصى في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما هو وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة (٣٩٩)

تقبل شهادتهما لانهما
بعرضية أن يصيرا خصمين
بطلب الشفعة وقد بطلت
بتركها وقوله (ولو ادعى)
ظاهر وقوله (على
ما ينشأ) إشارة الى ما ذكر
من مسئلة وان ادعى الولي
على واحد من أهل المحلة في
بيان الفرق بقوله وهو أن
وجوب القسامة عليهم دليل
على أن القتال منهم فتعينه
واحد منهم لا ينافي ابتداء
الامر وقوله (ومن جرح في
قبيلة) يعني ولم يعلم الجرح
لانه لو علم سقطت القسامة بل
فيه القصاص على الجراح
ان كان عبدا والدية على
العاقلة اذا كان خطأ فاذا
لم يعلم الجراح فاما أن يصير
صاحب فراش حين جرح
أو يكون صاحباً حينئذ

وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما ينشأ والشاهد يقطعها عن نفسه فكان ممتها وعن أبي يوسف أن الشهود يملقون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهلها فمات من تلك الجريحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه قصاص كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فكذب يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريح محافي يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرقين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا وعصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما هو أنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القتال من أيهما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس نية جهة الجرح على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين ففي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لو ورد النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة الدفع عن المسلمين فيصلح حجة ونعمه لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول لابس هذا الفرق تمام فضلا عن كونه ظاهرا اذا

بحيث يجي. وبذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول فقه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشئ عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأوجب بأن القسامة والدية وردت في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جاحده اذا صار صاحب فراش قتل شرعا لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة وأما اذا كان متهما بذهب ويجي فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالمت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) (٤٠٠) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي

حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فحب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة ورثته في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانين ظاهر واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقوا عنهم لهم وأجيب (قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا تنافي فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرًا وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فحب على عاقلتهم

لأن سلم أن الظاهر لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرًا فلا بد في علم الفرق بين المستثنين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققت (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فحب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة ورثته في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانين ظاهر واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقوا عنهم لهم وأجيب (قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

بأنها يجب القتل حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثه ثم أعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا يجب لأنها تختص بمن يعلم بحال القاتل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال يجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألقاه مخبر أبي الله تراه ولما (٤٠١) استشعر ورود مسئلة المكاتب

إذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكرنا من الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ يعني انحصار دم المكاتب هدر الان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسح إذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر باختلاف الحرفاته حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وإنما انتقل إلى ورثته فكان قتيلا وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما إذا وجد قتيلا في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

بمخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف بضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا يوجب أن التناهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد قتيلا في قرية لا مرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليهم القسامة تكرار عليها الأيمان والدية على عاقبتها أقرب القبائل إليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي ولهما أن القسامة لتفي التهمة وتهممة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجلا قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بأنها يجب القتل حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه يتأني في وضع جواب المسئلة فإن المذكور فيه قد ثبت على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لورثته ويمكن دفعه بأن المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في نافي الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز في كلمات الثقات ثم أقول في هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القاتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القاتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القاتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتعمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قتل العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول البيات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لأن دية المقتول مجموع

(٥١ - تكمله فامن) أي من مشايخنا رحمه الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجبي في العاقل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها زالت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرهما من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهممة القتل من المرأة متحققة) أقول بخلاف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار إلى كمال الجوابه في الدرس الثاني من المعامل

كتاب المعامل

لما كان موجب القتل
الخطا وما في معناه الدية على
العاقلة لم يكن من معرفتها
فذكرها وأحكامها في هذا
الكتاب وقال (المعامل
جمع معقلة) بفتح الميم وضم
القاف وبين معناها وقوله
(وكل دية) مبتدأ وقوله
(على العاقلة) خبره وقوله
(وجبت بنفس القتل) يعني
ابتداء فان ما يجب منها
بسبب الصلح أو الأوبة فهي
في مال القاتل لا على العاقلة
وقوله (وقد ذكرناه) يعني
الدية بتأويل العقل وقوله
(وكذا الذي تولى شبه العمد)
وهو الذي ضربه بالسوط
الصغير حتى قتله وقوله (وفي
إيجاب مال عظيم إجماعه)
فسر الإجماع بقوله واستثناه
وقوله (انما قصر) يعني
أن القاتل انما قصر حالة
الرمي في الثبوت والتوقف
وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعامل

أقول كان الأولى أن يقال
كتاب العواقل لأن
المعامل جمع معقلة وهي
الدية كما قال هو فكانه قال
كتاب الديات فصارت تكرارا
والعواقل جمع عاقلة وهو
من يتصل بالدية وهذا هو
المناسب هنا كما لا يخفى (قوله)
وهو الذي ضربه بالسوط
الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعامل

المعامل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماغ من أن تسفل أي تغسل قال
(والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني
يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام
في حديث جابر بن مالك رضي الله عنه لا أولياء قوموا فندوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار
والخطا في معذور وكذا الذي تولى شبه العمد تقرر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه
وفي إيجاب مال عظيم إجماعه واستثناه فيصير عقوبة فخصم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لأنه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصارهم والعاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراعاته فخصوا به
قال (والعاقلة أهل الديوان أن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل
الديوان أهل الراتب وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ما يقال أن المذموم في الاعتراض
المزبور وانما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلاوهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض
فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال
أن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة إذا كانت أعم
من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المحجب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لأن
الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم
بالنظر إلى الورثة لا بحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعامل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعامل لأن المعامل
جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤدبا
إلى التكرار ليس بتمام في نفسه لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قدم مستوفى في كتاب الديات وانما
المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب
في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما
في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتنى
أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل
معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على
التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا
ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذموم كور هنا اذ ذلك شعبه من
الديات بخلاف العواقل فانها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكأن ذنبت
الشارح انما اغترأ ذكر المعامل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه
السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان
من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس
القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل
أزلو كان الأمر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا
وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

وقوله (كتب أسامهم في الديوان) الديوان الجريدة من دؤن الكتب (٤٠٣) إذا جمعها لأنهم قطع من القراطيس

مجموعة ويروي أن عمر رضي الله عنه أول من دؤن الدواوين أي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أي من أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو معنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم نحلفوا على التناصر والمراد به ولاء المسألة وقوله (والولاء) أي ولاء العتاقة وقوله (والعهد) هو من العبد وهو أن يعدفهم يقال فلان عديدي بني فلان إذا عدفهم وقوله (فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث) أي ثلاث سنين أو أقل مثله أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فهاهنا قوله (لحصول المقتصد) يعني أن المقتصد أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في

كتب أسامهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولأنه صلة الأولى بها الأقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبر منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصارى وقد كانت بأشواط بالقرابة والحلف والولاء والعهد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعله على أهل اتباعه المعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وأن كان بالحلف فأهل الدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء التخفيف والعطاء مخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذت منها) لحصول المقتصد وتأنوله إذا كانت العطايا للسنين المستقبل بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما بين أن شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدر كالأطائل تحته ههنا إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الجنائيات وكتاب الذيات وليس له تعلق بكتاب المعاقل بفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة إذ بهذه الحثية نصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونه على العاقلة منسجما على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بلارب (قوله ولأن الأخذ من العطاء التخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وأما بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو النقد بر ثلاث سنين وأيضاً يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ أذن ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحثية أيضاً كما ترى فمفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذت منها المقتصد) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم الممانعة بينهما الآن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بإيجابه مؤحلا بثلاث سنين فإنه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر أعقابنا في أن يختص التأجيل بثلاث سنين إذا قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجيئ نظيره في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمدا ليس يحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقاتل أي العام القاتل وهو الأصح انتهى وتبعه الشارح المعنى أقول كيف يكون ذلك هو

أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأنوله) أي تأجيل كلام القدرى رحمه الله فإنه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

وقوله (لماذا ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس بأباه) أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا واجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لماذا ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

الأصح حينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغو محض لأن ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً فمعنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطاء التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا بما خرجت للقاتل فقط إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج للعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لماذا ذكرنا) قال الشراح قوله لماذا ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا عن سنن الصواب إذا اظهروا أن قوله لماذا ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فيثبت لأجل أن يكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء إذ لا تأخير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطاء بالخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذا كان كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل أصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة وهو مقصود بالذات هنا خالفنا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لماذا ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا الخبر يحتل إذا اظهروا أن خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بمقابلته وهذا كله مما لا ستر به عندهم له درجة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل لأرب فالحق في تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعائنا فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لأن عدم اقتضاء القياس أي ليس باقتضاء لعدمه والخالف إنما يتحقق في الثاني دون الأول فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلا أن لا يتعدى غيره لأن الذي لا يتعدى موارده إنما هو

وقوله (لان الواجب الاصلى المتسل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لمافيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءه من وقته) أى من وقت القضاء (كفى ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء معذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا هو ذلك الولد قبل (٤٠٥) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الواجب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يراى الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز ان يراى على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة وأربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة وأثنا عشر وليس كذلك فان محمد رحمه الله نص على انه لا يراى على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمه الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر فى المسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسباً) قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءه من وقته كفى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقب قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يراى الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره وهذا اشارة الى انه يراى على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يراى على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسباً كل ذلك معنى التخصيف ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاغمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقبل يدخلون لقرتهم

ما يخالف القياس كما تقر فى علم الاصول وأما ثانياً فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن يحجب المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلته النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقاً أى سواء كانت معمولاً بها أو لا فمنوع وكيف وقد وضعوا فى كتب الاصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التسهيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه فى أول كتاب المعاقلة فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحتز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوة فى القتل العمدة فانما فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقضة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل) أقول قد مر فى كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحداً عدا اقتض من جميعهم وقالوا فى بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ بجفاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحنية فوجب القصاص على جميعهم فلما قيل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كفى العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر فى كتاب الديارات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فلما أمل فى الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءه من وقته) قال الشراح فى بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما فى حق الجحى فلا يستقيم لان الجحى ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً بعد ذلك (قال المصنف لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للابسة والمعنى لان نصرته القبيلة لمقبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من للنشئة فى قوله مما

اختلف المشايخ زجهم الله فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج البعدي عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يبتوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يرض للقائلة والرزق للفقراء انتهى

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرايات اذ لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة اذا حزمهم أمر الأقرب فالأقرب ويفتقر ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم - م في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بمحضته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بمحضته الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيستعمر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيبتسر عليهم

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمن برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ فتمن برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا لقتل القاتل بقا بل ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمنزل ما اعتدى عليكم كان بقتله باطلا لانه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ لمحصا امنه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمن برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء فكثرة الاخوة فمنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كالحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لآخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا بالجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا يجب الكل بحاق به ولا كذلك إيجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأه ولا نالعقل إنما يجب على أهل النصره لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصره وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيت فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج الجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج الجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول بقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج الجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضى عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المذود ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق بأي ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كالحدهم) قال صاحب النهاية أعلم أن القاتل إنما يكون كالحدهم في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذ لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتنى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذ لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذ لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح (قال المصنف قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أى ولا تحمل نفس آتية ثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولا تحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أى لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامراًة لاشئ عليهم من الدية) قيل انه يتناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلائ لا يجب عليها شئ منه وهي قاتلة تقديرأولى لا نأقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المأزوم فيحقق الألازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينفي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الإيمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل الحلة خمسين كسرت الإيمان ومعناه لا يكمل أهل

الحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصره واليمن على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قرية فيجب عليها نفيا للثمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بثمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كافي حق

وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامراًة لاشئ عليهم من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جز من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يؤيد جدهم ما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خربهم أمر استنصرهم فليسوا بمصر فاعلم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصره (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أنظر فلا يظهر معه حكم النصره بالقربة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقلة (ومن جنى جناية من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضاً فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلته والا لازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء العلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لآخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً وامراًة لاشئ عليهما) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة بخلاف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلائ لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرأولى لا نأقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المأزوم فيحقق الألازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد

وأهل

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذلك النساء ووجه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهم غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حاله (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بيتهم متصل لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصره منهم الغرهم فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الفرض لا للنصرة لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصغر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصغر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لأن الذين يذنون عن أهل المصغر يقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصغر ولا يخصصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصغر وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصغر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصارت نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصغر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصغر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصغر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وإن كان لأهل الذمة عواقب معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلة بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم قضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه تطرأ لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا ما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقرار ممنوع فانه اذا وجد القاتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وإن قالوا إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة إلا أن تعدلهم أياها بقولهم لأننا أزلناها فأنزلنا والقائلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب فقول كتاب المعامل بابي الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضي قياس المنزل قاتلة على القاتلة حقيقة واللاية ثم يعلمهم المذكور على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا بخلاف ما ذكره قبيل المعامل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في العمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة بخلاف ما مر قبيل كتاب المعامل أنه لو وجد قاتل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العاقلة في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قدم قبيل كتاب المعامل أن القاتل اذا وجد في قرية امرأة يجب القسامة عليها والدية على عاقلة عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت نعمه أيضا لان مشاركتهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يفتي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية لاه امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرار الإيمان وذلك تناقض التمسك فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل الحلة تحسين كرت الإيمان فعنه لا يكمل أهل الحلة تحسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وما هنا فالقتل وجد في قرية فتجب عليها نفية التهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تمل بال نصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعطل

وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصغر) بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصغر وقوله (وصارت نظير مسئلة الغيبة المنقطعة) يعني أن الولي لا بعد أن يزوج اذا كان الأقرب غائبا وقوله (لا سيما في المعاني العاصمة) كعدم القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لا على بيت المال لأن النصرة الموجهة للعقل غير موجودة بين الذي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان دنته على بيت المال اذ لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله (وتمكن من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الاسلام آياه وقوله (لعدم التناصر) لأن التعاقل يفتي على الموالاة وذلك لعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لا تقطع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يرضى بالدية على عاقبته من أهل البصرة وقال زفر يرضى على عاقبته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقبته أهل الكوفة وصار كما اذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقبته وإذا كان كذلك يحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب فدية ربر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

بثمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة إلى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظير أما أول فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خسين كررت الإيمان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لاني صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا من ضمنين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير مبرروا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتمدة اذ الفرض أن عدم صلاحية القسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم صلاحية لها حال الانفrazاد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما نانيا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعال بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بثمة القتل من عند ياته لا يساعد العقل ولا ينتقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعيل احدهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحجت وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعقلون وجوب القسامة والدية مطا قبل واحدة من العتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعينات وقدمت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول بآي هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكوة المنفية نفيد العموم على ما عرف فالأولى في الجواب أن يقال المراد هناك في الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يرضى على عاقبته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قدم في أوائل كتاب المعاقلة أن العاقلة انما خصوا بالضم إلى القاتل في ادعاء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكأنوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقبته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت مدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظ نذكرها وقوله (وعاقبته أهل الكوفة) الواو للمال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن يجب عليهم

بمخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير بالحكم
الاول لا بطلانه وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا أُلحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم لانه ليس فيه نفق القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم
أموالهم غير أن الدية تنقض من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد
لا يتحول الى الدراهم ابدالها فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من ملل العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولا يعتنصربه فأنشبه ولاء العنافة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعاقته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فرد كافى
الاستبراف في الكفر فلا يقدح عدم عشية ما ذكره هناك في مسئلتنا هذه فان ملأ الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان
ديوان القاتل متحولاً الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا
بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيهما
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
جاعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أنه فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير بحكم الاول لا بطلانه انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أنه فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغير النقل بل يتأفقه وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير بحكم
الاول لا بطلانه ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تفق

قال المصنف ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته
أقول لا بد على قول من
يقول لا يدخل الالباء
والابناء في العاقلة لانهم
لا يكثر من الفرق بين
المولى وبينهم واعل التزامه
لاداء الدية في العقد هو
الفارق ولاجل ذلك لم يعقل
في المعتق مولاه وقبيلته
اذلا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قبل هذا اذا كانت الجناية في مبادون النفس فأما بدل النفس فتحملة العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القبيصة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانهم يبدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة ونجسون درهما فانه تحمله العاقلة لان تحمله بدل النفس ثابت بالنص والتحمل في مبادون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل في مبادون النفس مقدارا لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه ان يقتل

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف على رسول الله صلى الله عليه وسلم فروعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به تلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس

العمد حراً فليس على عاقلة مولا مني من جناية عمده انما جانيته في رقبته أن يدفعه الى الجاني عليه أو يهديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو بحرجه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجره على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلة

(قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر فصاعدا) قال في النهاية والدليل على أنها لا تحتمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول برده عليه أن لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل في أحد ثلاث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل أرض مقدرة هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لا مكان رعاية المائنة التي هي مبنى القصاص كما تقر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنابات فانقص به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويبدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرض مقدرة في نفسه فأشبهه ضمان الاموال ثم قال فان قبل أرض الاثمة مقدرة هو ثلث دية الاصبع فينبغي أن تحمله العاقلة قبل له ليس أرشه مقدرة بنفسها بل هو مقدرة بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا مادون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرض مقدرة بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا

قال قال (ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً على رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به تلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس

(ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة المصدر الى فاعله وأما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العديب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي السئل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما محجة في حقهما) لان

أحد المتصادقين ولي القتل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لاعلى المقر فاقاره محجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلة بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بمحسودهم عاد الدين الى ذمة المحيل أجب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بمحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا يلزم بالصلح أو باعترافي الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولا ية على أنفسهم (ومن أقرب يقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذاهما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بمحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية تصادقهما ما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما محجة في حقهما بخلاف الاول (الآن يكون له عطاء معهم فيئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته باغية ما بلغت

ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حر فليس على عاقلة مولاة شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة لجاني شيء انما غنمه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الأصمى في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان الممضى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمى ان في كلام العرب يقال عقلت القاتل اذا أعطيت دينه وعقلت عن فلان اذا زمته دية فأعطيتم اعنسه قال الأصمى كتبت أبا يوسف القاضي في ذلك بمحضرة الرشيد فلم يفرق بين عتله وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عتله يستعمل في معنى عقلت عنه وسبق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عبدا وسبقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عبده وعن صلح وعن اعترافي كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام ان الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره يقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القاتل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة في الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال واعلى الاول أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ولعل

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقرب يقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد
قوله العاقلة تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت
المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه
ليبت المال فكذا ما يلزمه من القرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذقة الدية في ماله ووجهه
أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه إلا أن العاقلة تحمله تحقيقا
للتخفيف على ماله واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملا عنة تعمله عاقلة أمه) لان
نسبه ثابت منها دون الأب (فان عقلاؤه ثم ادعاء الأب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الأب في
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الأب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنابات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مر في كتاب المعاقلة وانما الكلام ههنا
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود
بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيقيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة
انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا ثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في الميسر كما نقل
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لان وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون
أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى (قوله
ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدن عندنا
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم القاتل بالتفاوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنالنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العمد
بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس
وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلة هذه بتحمل العاقلة
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضا مع تخلف
الحكم عنه وان كان مراده ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس
من العبد هي المالبسة دون الأدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الأدمية دون
المالبسة عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الأدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالبسة والأدمية معا في أطراف العبد وانما يتم
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهما لا يعتبران الأدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل
المزبور في بيان مسئلة من فقهاء عبيد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى
لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يتخلو المقام على ككل حال عن نوع من
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوله تحمله كما في الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقدم من قبل)
أي في أول فصل بعد باب
جنابة المملوك وقوله (قال
أصحابنا وجههم الله ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال) يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل
قوله لان جماعة المسلمين هم
أهل النصر والنصرة بالولاية
وهي متقطعة بيننا وبينهم
وبالباقي ظاهر

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولا يؤا الى ولا بسبب حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضى بها القاضي أولم يقض) كالمولودين عبد وحره اذا جنى ثم اعتق العبد لا يتحول الجنانية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئر اقبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعدما اعتق أبوه فان القاضي (٤١٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان

الحادث بعد الحفر ولاه العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للحفر قبل الوقوع فان الجنانية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق السبلين بغير اذن مولاه فقبيل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات فالضمان على السائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجنانية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنانية الى الأخرى وقبوع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولد ووفاء فلم يؤد وما كانت عليه حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنانيته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالا كذاب ومضى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء له ولد حفر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أمه من وقت حرة الاب وهو آخر جزم من أجزاء حياته فيبين أن قوم الام عاقلة عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمران كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمران كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولاؤه الى ولا بسبب أمر حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضى بها أولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنانية الى الأخرى وقبوع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلم يهاز بآدة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

في أول فصل بعد باب جنانية المملوك واقتنى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لنفسه بذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد حرر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير راجحة قطعاً لزم ذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهراً المناسبة لان آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول برده عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثير من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الآن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن ههنا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو آخره فان صيغة الجمع لا تنمى في الاول الحقيقي ولا آخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والاخر للحقيقي والاضافي ويمكن أن يقال أيضاً لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه في حكم الغدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

الاب لان عتق المكاتب عند ادائه البذل يستند الى حال حياته فبين أنه كان للمولود ولا من جانب الاب حين جنى وان موجب جنانيته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلم يهاز بآدة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعده أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أدائه) استثناء من قوله اشترى كوا يعني لا يشترى كوا فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية
توصون بها وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الايمان
أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة
طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض
المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالموصى مذكورة في
كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أن موضوعا في الشرع للمعنى
المذكور موضوعا فيه أيضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواجه زاده لكن بشرط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالي في المعنى الثاني فحينئذ يكون
ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده
محققا ليس بشئ أما ولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي
المسائل المتعلقة بالموصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء باللام لا يابى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما
لا يخفى في حق التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين
المذكورين قط وأما ما نلاحظ أن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التخيير
مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما ينبغي في الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل في حق التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر
الى ذنبك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا
حقيقا بان بعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصيص عن أمر التطفل في حق المسائل
التي ذكرها ذلك القائل حل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان
معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي إيجاب بعد الموت فانه ما يشمل تلك المسائل بجملة كما لا يخفى على التأمل والوجه في
التفصيص عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلمات والمنجزات حل معنى الوصية
شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصى
في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي
مסקة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقب وشراؤها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت
الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا جاعلا عند الوصية يصح والافلا وانما
تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز
الا بإجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتكليف من الغير بعد من العقود حال
حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون عقدا رثلث حتى انه لا تصح فيما زاد
على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما ولا فلان
جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقيد بان يكون الدين مستغفرا فتركه والشرط
عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ما نلاحظ أنه جعل من
شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الادبي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنابة قد تنقض الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهي في الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق (٤١٧) التبرع وسيبها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلا

للتبرع وأن لا يكون مدبونا

وكون الموصى له حيا وقت

الوصية وان لم يولد وأجنبيا

عن الميراث وأن لا يكون

قاتلا وكون الموصى به

بعدموت الموصى شيئا

قابلا للتعلق من الغير

بعض من العقود حال حياة

الموصى سواء كان موجودا

في الحال أو معدوما وأن

يكون بمقدار الثلث وركنها

أن يقول أو وصيت بكذا

لفلان وما يجري مجرا من

الالفاظ المستعملة فيها أو ما

حكم الوصية في حق

الموصى به أن تلك الموصى

به مملوك جديدا كافي الهبة

وفي حق الموصى أهامة

للموصى به فيما أوصى به

مقام نفسه كالوارث وصفتها

ما ذكره

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

الارى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعترات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به بمقدار الثلث لازاما عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فأنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجز الوارثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فصحت وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بان لا يجزئه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الادب بقيد أن المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكنه الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ارادها بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلانه سلك مسلكا التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يتلوعن الجواز وعدمه لكونهما تقيضان لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما فان قيل كل واحد منهما بشئ يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يشترج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوى الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لا بمجرد دفع التساوى حتى يكونا من قبيل التقيض فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بالاستحباب منه ما هو الواجب منه لا ما نقول نفي الاستحباب بم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فنأين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولتسليم جواز ارادته ذلك فيفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فتخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد ما ارتكبه محل جميع قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف هنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونها رجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير بشئ أصلا حتى عند عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يدكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل ازالة أن يتوهم كونهم الوصايا الجائزة الشرعية لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز

من ذلك وما يستحب منه وما

يكون رجوعا عنه

(قوله وسيبها سبب التبرعات)

أقول وهو طلب زيادة

الزلف في العبقرى كما مر في

الوقف (قوله وشرائطها

كون الموصى أهلا للتبرع

(٥٣ - تكمله ثامن)

للبررات) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حريا غير متامن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس بأبي جوازها لانه تعلقك مضاف الى حال زوال مالكيتها ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأماله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بما له على وجه لوم مضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو أنه مضى البره يصرفه الى مطلبه الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيننا

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا ففرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه تعلقك مضاف الى حال زوال مالكيتها ولو أضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيننا) في أنها عقد بأبي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لمصلحة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر والرق

الكتب وأماناته افلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها ونسبها وركبها وحكمها وحفظها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكمن المقامين وأمانات افلان قوله كالاولى اراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو ارده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى اراده بالواو العاطفة ولم يرد عليه من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مرأنا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سأتى في الكتاب من أن الوصية بالثالث لا يجزى جائزاً وبدون الثالث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأن ما يستحبه على الإطلاق في مكانه حال اتصالها لا يصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن رد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزينى في التبيين قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيراً الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظراً لان الفرض غير الواجب عندنا اذا الفرض ماثب بدليل قطعي والواجب ماثب بدليل ظني كما تقر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقرين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوبه تحريه مما سجد ظاهراً اذا الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً على ما قبل المتبادر أن تكون دليلاً على قرينها ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلاً آخر

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقررناه في التقرير ببيان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان الحمل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذلك كغير الاسلام وجه آخر وقد قررناه في التقرير واستدلنا به بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (اجماع الامم) وقوله (المأرونا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام بثلاث أموالكم من غير تقييد بإجازة وقوله (وسنين ما هو الا فضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامم ثم نصح الإجماع في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا وسنين ما هو الا فضل فيه ان شاء الله تعالى

بعد من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحمل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت لبيتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخار أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على القف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرك على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العيني أقول فيه بحث اذا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه غليلك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا باطله عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانما كان في تجويز غليلك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون الغليل كغيره بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالموت بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقررناه في التقرير ببيان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان الحمل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان الموارث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها ترتب على وصية مطلقة حيث قبل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبة عليها (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبها) أقول ولنا فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالة الآية على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضا وان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام علم تأخير الميراث عن الوصية بالتبرع مع أنه مقصود وعليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

(ولا يجوز بما زاد على الثلث)
لقوله عليه السلام في
حديث سعد بن أبي وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن
رحمه الله في كتاب الآثار
قال أخبرنا أبو حنيفة قال
حدثنا عطاء بن السائب
عن أبيه عن سعد بن أبي
وقاص قال دخل النبي صلى
الله عليه وسلم بعودني فقلت
يا رسول الله أفأوصي بحالي
كله قال لا فقلت فما النصف
قال لا قلت فما الثلث قال
الثلث والثلث كثير لا تدع
أهلك يتكفون الناس
وفي صحيح البخاري أنك أن
تدع ورثتك أغنياء خير من
أن تدعهم عالة يتكفون
الناس

(قول المصنف ولا يجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث سعد
الثلث والثلث كثير) أقول
قال التنوير يجوز رفع الثلث
ونصبه فالرفع على أنه فاعل
أي يكفيل الثلث أو على أنه
مبتدأ محذوف الخبر أو
عكسه والنصب على الأغراء
أو على تقدير أعط الثلث

وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية وفائدة ترتيب الموارث على الوصية
المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط فائدة تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب
في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا
الحكم في بدء الإسلام فتسريح بآية الموارث بان قال فيه نظر لأن آية الموارث لا تعارضه بل تؤكد من
حيث أنها تدل على تقديم الوصية المطلقة انتهى ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب
هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع المرات لترتب هذه الوصية عليها حيث قال
ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبها عليها انتهى أقول إنما السأهي نفسه لأن مراد صاحب
العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى
لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيابا بكلام الله تعالى فانه تعالى
قال في أول آية الموارث بوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي بأمركم ويعهد إليكم في شأن
ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة للذ كونه سهوا بل كان فيها
لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف قال بعض المتأخرين يعني أن
هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف
القياس فبقي ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهذا دون ذلك انتهى
أقول ليس هذا بسيديا لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام إن الله تصدق عليكم بثلث
أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وهو ظاهر ولا دالة لأن مفهوم
المخالفة غير مرتبة عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث
وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام إن الله تصدق
عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث
على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل فإن بقا ما فوقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث
أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك
الحديث وقال ذلك البعض الآن لقائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها
بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار
ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بشام لأن نفي جواز
الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الآن
فدوله عليه السلام والثلث كثير بعد انبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث
أو أوص الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي بالثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي
يكفيل الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراجعة أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذا فائدة
في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحصل عليه لا محالة وقد
أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك نقصه على ما ينهه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم بخبرنا عما يتفق من الاشارة على ما بينه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية من أكبر الكبار وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا أن يحجزه الورثة بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر باجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بجديت سعاداً أيضاً ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انه قد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لانها اذا وقعت حال صحته اذ لا انعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الا أن يحجزه الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا يجوز هذه الوصية أصلاً وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وبأي توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلاً قوله أو صبت لفلان بثلاثي مائتي في قوة أو صبت له بثلاثة وثلاثه الآخر يجعل قوله أو صبت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو صبت له بثمانية آلاف وبالفقير الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بقدر صدر عن عاقل بلفظ يجوز تعجبه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما بهم فهمه انتهى أقول حسب انه أي بأمرهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدركه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبده مدبر في بيع بصفقه واحدة أو جمع بين عبده ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد لانه على أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها في النكاح والمخذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً وأما اذا كان متعددان كان محل الصحة بعضاً من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلاً أصلاً فلا وجه لحمل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الانقاصهما ما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بقدر صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه أصلاً فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذ ارد الموت والورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهر من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (نحو ما يتفق من الاشارة) أي احترازاً عما يوجد من تأذي البعض وقطعية الرحم بسبب اتيار البعض على البعض (على ما بينه) يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية روي بالحاء المهمل وسكون الياء وهو الظلم وروي الخلف بالجيم والنون المفتوحين وهو الميل وقوله (الا أن يحجز الورثة) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث (قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال لا أن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفي مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٤٢٣) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

مصادفتها بحال والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعدموت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القاسم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكسبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم مستند الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوراث تثبت عند الموت لا قبله وانما ثبت قبله مجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذ الحق ثبت عند الموت الا أن

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القاسم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا لتعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك ادع الا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كونه قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كنهه وبعده عن شأن المصنف والحق عندى أن قول المصنف هذا لتعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه حينئذ ينظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القاسم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التفسير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن نصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القاسم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكسبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان وهذا أى ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لقوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير أشار نحر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤل والجواب هنا فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعدموت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القاسم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكسبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم مستند الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤل لانسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليل لا أقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤل فتم الجواب به مصادفة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذ الحق ثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله ثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(فلواستند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لاقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المسووث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحقن بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه رضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك افيها لوجهه انه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطل لان الحقيقة لان الرضا بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

الاستناد من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث وأجازها البقية حكمه ما ذكرناه الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق أنفا اذا الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت اكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي ثبتت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله ثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواستند من كل وجه لاقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لاقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الورثة يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابها باها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معابدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذا لرب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بدهي ولم يعم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتماع مالكا وابن أبي ليلى والزهرى والاوزاعى وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحقن بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحقن بين أمرين الخ مفترعا على ما قبله ليس بسديد اما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

فلواستند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث وأجازها البقية حكمه ما ذكرناه الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق أنفا اذا الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت اكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي ثبتت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله ثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواستند من كل وجه لاقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لاقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الورثة يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابها باها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معابدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذا لرب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بدهي ولم يعم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتماع مالكا وابن أبي ليلى والزهرى والاوزاعى وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحقن بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحقن بين أمرين الخ مفترعا على ما قبله ليس بسديد اما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا بطلان الحقيقة الخ كافي لسكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلواستند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أي جرح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما في الكتاب وجه ظاهر ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فحقن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال احدهما) أقول يعني الحقيقة

(قال المصنف فلواستند من

وقوله (وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تفر بعا على مسئلة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث ثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون انخراعا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصي (٤٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصي

له بملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة انخراعا عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالرهن اذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري ثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مال كافيا يكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملكيا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز في مشاع يمتثل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد ما عندا ولو كان

(وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كل رهن اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذ لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما تأنيافلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فحين بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موته أبيه بما ذكره قبله كما قبله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فحين بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه مستقيم اما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجراح لا تكرر فيه الى أن يموت المجرع حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجراح لأنه يمتثل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فحين بين أمرين الخ فلا أن فاه التفرع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث ثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون انخراعا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلمن أن لا يمتشي فيما اذا كان ما أجاز الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازة الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كيسة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكرنا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الراهية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث والوارث ولا قاتل والاجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تملك بلا عوض انتهى فإنه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل أقول للقاتل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعوم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

ولانه

التعليق من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة

قال (ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا يجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون رد الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله

لانعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولانه استجمل ما أخوه الله فيحرم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له بشاركة في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التقصص عن عهدته كونه قياسا على طريقته منع جردا وسلك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لانه أجنب منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا وعندنا لا تبطل) (٤٣٥) والجهة عليه في الفصلين (يعني فيما إذا كان

القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيننا) يعني من الحديث فانه باطلا لانه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استجبال ثمه وأجيب بجعل الجرح مستجبالا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤثرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بأن ما ذكرتم لوصح بجميع مقدما ماله لماعتق المدبر إذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بأن عقده من حيث ان موته جعل شرطا لعقده وقد وجد ولكن يسمى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى باليجاب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولانه استجمل ما أخوه الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا وعندنا لا تبطل والجهة عليه في الفصلين ما بيننا (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئت أو قال حيث أحيتكم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار اللاحق فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا للعموم ذلك الحديث الا تخوفا عما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فلزم أن يتعارضوا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشئ تكره في محل النبي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه نين أن القاتل مخصوص من عومات جواز الوصية انتهى أقول ليدت شعري من أين نين أن القاتل مخصوص من عومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبرا واحدا ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استجمل ما أخوه الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العنايه ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له بشاركة في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شي ولا الجواب أما الأول فلان التعطيل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستحجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجزى هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند حازه سائر الورثة اياه وتركهم المغايضة كما جازت الوصية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن

(٥٤ - تنبيه ثامن) الوصية لا قاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولانه استجمل ما أخوه الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تريد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسلك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤثرا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

وله ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض بإثارة البعض ففي تجوز قطيعة الرحم

لانتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشارك في هذا المعنى بخلاف قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعمل ما أخره الله تعالى بمعنى استعمله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجراً كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلك طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي ونحو ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بأجازه الورثة أصلاً ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازته الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر بأجازه الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله ~~كما يحرم الميراث~~ القياس الفقهي ولا الاحتياط بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لثم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعمل النازل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذکور أصلاً وتسقط الكلمات المتعاقبة به بخلافها كما لا يخفى (قوله وله ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما هذا ضعيفاً جداً فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر وعلى الإطلاق إذ قد تقرر فمما مر أن الشرع لم يعتبر تعاقب حقهم بقدر الثلث ولهذا أجازت الوصية بهذا القدر للأجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضاً لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضي كونه في الارث أيضاً لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضاً بأجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث أوجب بأن الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الذرع لا تصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل انما الكلام ههنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظراً الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فبما معنى أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد

وله ما أن الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أوجب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا تصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولانهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم) أي لا أحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصى (لقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض) الى آخر ما ذكر في الكتاب

وقوله (بالحديث الذي رويناه) اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى فاضلخان ولوا وصي لاختونه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية ان لا نالانهم لا يرون مع الابن فان كانت له بنت ممكن الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فبات الاب بحيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٣٧) لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل

للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن إطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقراره للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيه كون وارثا عند الاقرار وان كان

ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تعليق مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لانها وصية حكمها حتى تنفذ من الذات واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار

في ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الأثر حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذي رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض اولاده في العطية بل لم يتقدم منه مرة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تنصور الحوالة عليه بها هنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومراجع الدراية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور ورده عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكرنا انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بتهاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينشد بصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر في يعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذ كرمال

محجوب بالاقرار للوارث باطل

(قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فبات الاب صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض واذا وصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهبه وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن واعتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن الاعتبار في حال الموت وأما الاقرار وان كان ملازم بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهممة الاثنا فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كن أقر لاختيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم) أقول فيه بحث فانه يقتضي أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليستأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما أداليمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (الآن تحيزها الورثة) وروى هذا الاستثناء فيمار وبنائه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المحيز بقدر حصته لولايتيه عليه وبطل في حق الراد

لثني والمجموع والموت أيضا كلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الأمر في كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا إلى لفظ الموصول وجواز تأنيها نظرا إلى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون الموت الذي عبر عنه بضمير المذكور أو باسم الإشارة المذكور في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفسير أيضا المذكور كما يؤولونهم لعمد كرم غير فرق ثم إن كان المراد بقوله لهم يتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال يتأويل الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكور كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية ثم إن الشراح طلبة قالوا في تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوارث على عكسه أي يعتبر في الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك إن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على الإطلاق بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لانه العبد فاعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولاه فهذا الإقرار في المعنى حصل للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا لانهما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرارين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب الغاية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور وأرى أن إطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون إقرار الوارث وكلا منافيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار وإن كان محجوبا بالإقرار للوارث باطل انتهى أقول فيه نظرا لانه مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم وليس بسديد إذ لو كان مراد بالوارث هنادك لكان مراد به في قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك واللام يتم قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه فإن أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفساد المعنى إذا لاحت أن الموصي له إذا كان محجوبا بغير الميراث عند موت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطع ما ذكره الامام فاضل خان في فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لأخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أن لا نالهم لا يرفون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لا يملك للأخ لأب وأم لانه يرث مع البنت وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لانه لا يرث وبطلت للأخ لأب وأم والأخ لا يملك لأنهم ما يرثه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتج إلى التقييد في صورة الإقرار بما ذكره صاحب الغاية ثم إن صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا وجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبده ثم أسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الزوج فلأقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما ما قطعاه وهو القراء التي صارها وارثا في نافي الحال ثم قال نعم هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبده ثم اعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فأقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لولاه فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للولي وهو أجنبي منه انتهى أقول السامع هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذي نسب السهو

وقوله (الآن تحيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه وروى هذا الاستثناء فيمار وبنائه من قوله صلى الله عليه وسلم إلا الوصية للوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيتهم بإثارة البعض دون البعض والتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أولم يجيزوا لانه لاحق لهم في الثلث كافي الوصية للأجنبي قوله (ولو اجاز بعض) ظاهر

قال (ويجوز أن يوصي المسلم
للكافر) وصية المسلم للكافر
الذي وعكسها جازة فاما
الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم

في الدين الآية نفي النهي عن
البر اليهم والوصية لهم واليه
فكانت غير منبهة وأما
الثاني فلماذا كرم في الكتاب
وأما الوصية لاهل الحرب
ففي رواية الجامع الصغير
باطلة وقالوا في شروح الجامع
الصغير انه ذكر في السير
الكبير ما يدل على جواز
الوصية لهم ووجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن
يفعل وان فعل ثبت الملك
لهم لانهم من أهل الملك
وأما وصية الحربى بعد
مادخل دارنا بأمان فانها
جائزة لانه ولاية تخليد ماله
في حياته فكذلك بعد وفاته
خلاته لا فرق بين وصيته
بالثالث وبجميع ماله لان
منع المسلم عما زاد على الثالث
لحق وورثته المسلمين لانه
معصوم عن الابطال وورثته
الحربى ايست كذلك

قال المصنف والثاني لانهم
يعقد الذمة ساووا المسلمين
في المعاملات) أقول
لا اختصاص لهذا الدليل
بالتاني بل يعم الاول أيضا
(قوله وانما جعل هذا
التصديق أفضل) أقول
فيه بحث

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم)
فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم يعقد الذمة ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
من الجانبين في حالة الحياة فكذلك بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من
باب الوصية بالتلف فيما سبأني واعترف صاحب الغاية أيضا بانه بان الصدر الشهيد وغيره ذكر ما ذكره
المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار واخفاه ههنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض ههنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه
السهو فانه يفي كلامه ههنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم ان تاج
السريرة بعد أن فسر قول المصنف واقرار المرضي للوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث
وقت الاقرار لازمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت
ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا
عليك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل
اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو اقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان اقر الاخ له
ثم ولله ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن
الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة عن الاطباء الممل (قوله قال
ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) قال في الكفاية أراد به الذي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن
الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل
ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف
دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل
الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربى هو
في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره ففي الحربى المستأمن خارج عن مسئلة الجامع الصغير فكيف
تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعم الحربى
المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بانه يجوز أن يوصي المسلم للحربى المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز
أن يوصي الذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف
مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي
وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على
حل المصنف أيضا بناء على الذي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقفي أثرهم
صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير عما
بأى التوفيق المذكور جدا انقدتقر وعندهم أن الباطل من العقود لا يبيد الملك بخلاف الفساد
منه فانه يبيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المالك كور في الجامع لفظه فاصدق لفظه باطلة لكان
لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق ههنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر
في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء عام حقه فلا صلة ولا منة

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالمراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتسليمك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكن من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك وورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان

وقوله (ويستحب أن يوصي الانسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل واليه الاشارة في قوله انك أن تدع عيالك الحداث ومعناه ورثتك أقرب إليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء عام حقه فلا صلة ولا منة

للحري حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكروا في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحري واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للسلم أن يوصي للحري كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحري باطلة والصورة المذكورة نعمة لأوصى مسلم لحري والحري في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحري الموصى له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان أجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دال على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الى ذكر في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حري ليس في دارهم وهو المستأمن فان الحري مادام في دار الحرب بمن يقا تلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلم لحري والحري في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (وقوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بعد الموت الثالث اه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور في لزوم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريره حيث عكس الامر (قوله) ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصدقة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجي والنصر يحبه في تسليم كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء تلك العلامة في وجه التعميم هنا والجواب أن في التقيص أصل صلة القريب لازياتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل في اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التقيص العمل بالفضيلتين معافضة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقراة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يتنغي به اوجه الله تعالى

معاً أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حرمكم فيما مر أنقايان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فبما معنى التردد هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أي مصب الافادة في ذلك الكلام فبما لا نفسه خال معناه الى أن التتقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التتقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطاقا ولهذا قال المصنف في تعليقه لانه في التتقيص صلة القريب بترك ما له عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التتقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور وفي المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق أنقايان كان بلا حجة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذي أولى كسحه وهو ما بين الخاصرة الى الصلح وقيل الكاشح الذي أضمر العداء في كسحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العنابة وغيرها أقول فيه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التفسير وقد تنبه بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعاً لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدر به اوله هذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كآه قصد دفع ذلك القصور واصلح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه يصير يحيدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تمام فانا ان أغضنا عن منع قوله فانه يصير يحيدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح غنم جذا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأخيراً في أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحاً تأخيراً فيها ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف فنأين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل توقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبي بكر وعمر
قالا لأن يوصى بالنفس أحب
اليمن أن يوصى بالربع
ولان يوصى بالربع أحب
اليمن أن يوصى بالثلث
والكاشح العدو الذي أولى
كسحه وهو ما بين الخاصرة
الى الصلح وقيل الكاشح
الذي أضمر العداء في
كسحه وانما جعل هذا التصديق
أفضل لان في التصديق عليه
مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال
النبي عليه الصلاة والسلام
أفضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح) أقول هذا
الحديث لا يفي بتمام المدعى
ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به عليك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه (ولا يرده عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد

(٤٣٣)

المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له

بطريق الخلافه ثبت ولاية الردى للصورتين جميعا كما في الوارث وقوله (ولا عليك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لثلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية انفعلة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعد أعي وجب عليه نفقته بل انفعلة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الافى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به عليك بالقبول يعنى الافى مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعنى فى الحكم فان قبل هذا التقدم مخالفت نظم الكتاب وهو قوله تعالى من بطوصة يوصى بها أولادى فالحجاب ما ذكرناه فى مختصر الضوء فى الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه مواضع وقوله (ولم تنفذ نبي على غيره) يعنى اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له ببها نيل الرزق والدرجة العليا ولولم

وقيل فى هذا الوجه بخير لا شتال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصله فخير بين الخيرين قال (والموصى به عليك بالقبول) خلافا لفر وهو أحد قول الشافعى هو يقول الوصية أخت الميراث أذ كل منهما خلافة لما أنه انتقل ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب ولا عليك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثه خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فثبت حرام من الشرع من غير قبول قال (الافى مسئلة واحدة) وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته استعسانا والقياس أن تبطل الوصية لما يبين أن الملك موقوف على القبول فصار كوث المشتري قبل قبوله بعد استحباب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد دعت عونه تمامالا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كفى البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانهما هم المحتاجين فانه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالاهم فالاهم (الآن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين تنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعى تصح اذا كان فى وجه الخير لان عمر رضى الله عنه أجاز وصية يافع أو بافاع وهو الذى راقى الحلم ولانه نظره بصرفه الى نفسه فى نيل الرزق ولولم تنفذ نبي على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولان قوله غير ملزم فى تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاخرى مطلقا اذا احتجى الموصى له فغيره يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصهم قد بر (قوله ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العنابة صورة الاول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى أقول فى تصوير الثانى بعد كرتظر لان الموصى اذا باع شيئا من الموصى به يصور ارجاعه وصيته كما يجب وتفصيله عن قريب فى الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية المشتري ما اشترى من الموصى على الموصى له بالعيب يرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة يبيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لالكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التبرع (قوله ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانهما هم المحتاجين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ماصرحوا به فالاولى فى التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداءه فرض والوصية تكون بطريق التبرع فى الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتية كالحج والزكاة ونحوهما وأما ما كان يقدم الدين عليها ما فى الشئ الأول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا لمخالفة وأما فى الشئ الثانى فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

والاثر

تنفيذ ماله على غيره فكان الوصية أولى

(قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول أى باع الموصى (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى

وقوله (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتمل وأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأوجب بأن قوله كان غلاماً لم يحتمل معنى البافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنته عمه بحال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن خزم وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا البنات الآية فأنهم اتدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحزر) (٤٣٣) (الثواب) جواب عن قوله ولانه نظره

بصرفه الى نفسه في نيل الزاني وقوله (كأيناه) إشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الأثرى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعاً بان يطلق امرأه معسرة شوهاء ويستزوج باختم الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع والصبي ليس من أهله

(قوله ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً الى

والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورنه كأيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتعلق بحكم الحال اعتبر بالطلاق فانه لا عليك ولا وصيه وان كان يتفق نافعاً في بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فقلت مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا عليك تجهيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعناق

تعالى كما عرف في محله (قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمي غلاماً مجازاً لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاماً لم يحتمل انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتمل وأنه أوصى لابنته عمه بحال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأوجب بأن قوله كان غلاماً لم يحتمل معنى البافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولاً فلانه اذا كان لفظ البافع في الأثر المزبور مجازاً عن كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير كان معنى البافع حقيقة غير مرضى في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانياً فلان قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جداً فان معنى أوصى له بحال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الأثر أنه أوصى الى ابنته عمه بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التناهي لان معنى أوصى اليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنته عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنته عمه بحال لم يبق للتأويل المسد كور مجال (قوله وهو يحزر الثواب بالترك على ورنه كأيناه) قال في العناية قوله يحزر الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني وقوله كأيناه إشارة

(٥٥ - تسكمه ثامن) قوله نقله بعناه أقول الرد لا تنافي وفي شرح الوحي للرافعي في وصية الصبي المميز وتبديره قولان أحدهما عند الاستاذ أي منصور أنهم ما يحكيان لما روي أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشرة سنين فأوصى لبنت عمه وله وارث فرفعت القضية الى عمر فاجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزول ملكه في الحال ونفقد الثواب بعد الموت فنصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهم ما باطلان كهنته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة ولا هذا لا يصح معناه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقليل الى ابنته عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا البنات الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورد المصنف بصفة التمريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فلي تأمل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فقلت مالي وصية يصح (لان اهلهم ماستمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تحيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الخنث في ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (٤٣٤) فيما استقبل فهو حر فعتق فقلت لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهم اهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولا ي خنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للعمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة (وبالجل) كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أوبه ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاستيعابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للعمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعدم رته لانه يملك في الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان اهلهم ماستمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد الهالى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فذلك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والحنين صلح خليفة في الارث فكذلك في الوصية اذ هي أخته الا أنه يرتد باردا فله فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على التبرع فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أى الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينهى عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما ينشئ في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه تطرله بصرفه الى نفسه في نيل الرثي في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الافضية متعينة حينئذ فلا معنى للتريد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به عكس بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجزى كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجل لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل مافي العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا افضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضية فيها الوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سياتي فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه تطرله بصرفه الى نفسه في نيل الرثي ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يجرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بان ثبت بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احرار الثواب بغيرها فتصحقت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أو رده بعض الفضلاء على مافي العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التبرع انتهى (قوله وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للعمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة وبالجل كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن منه لشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أوبه بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

بصلح الحنين انرا فكذا وصية لانها مأختان فان قيل لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد باردا فله فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة أختي أو صبي بمحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بقبول النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي فني كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بخلاف

بمخلاف الهبة لانها تغليظ محض ولا ولاية لاحد عليه لئلا يملكه شيئا

ومجمله الاستيعابي في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي بان جاءت به لافل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تغليظ بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الإيجاب بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فبينه فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم ينتبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالي بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن الاعتبار لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكره هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لاتصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لاتصح الوصية حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصي له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصي له ولم تعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل به لانه انتهى فقد ظهر بذلك أن الاعتبار لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أي وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تغليظ بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الإيجاب ليس بتمام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون الاعتبار وقت الموت فيما اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصي به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء

وقوله (بمخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجوز الوصية
للعمل يعني أن الهبة للعمل
لاتصح (لانها تغليظ محض)
والجنين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما ينبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
ليملكه شيئا) يحصل الملك
فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كافي اسم المال وأما اذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آتفاً وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حددوا من بينه ليس بشام لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سماعنا عند الطحاوي في أن ثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه له غيره وهو أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لماسي بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذا سلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لماسي بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سمياً أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهم معاً وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت فتحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون موته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما المعنى له شيء آخر وهو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم إن ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أولاً على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيما أي في الموصي له وبه وأخراً دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول إن صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجاوز الوصية للحمل وبالجل إن ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلأنه تجرى فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد يتقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقبل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدرية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأنه هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم أنه أخطأ في قوله وأخراً دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم إن الزبلي قال في شرح الكنز كافي الكافي ما يدل على أنه أن أوصى به يعتبر من وقت الوصية وأن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضاً سبباً ليدل أن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجاوز الوصية للحمل وبالجل إن ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالجل فقط لكونه قرياً بياضه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالجل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الحل بعرضية الوجود إذا الكلام) فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده متحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبأيها أوسع حاجة الخ) وإن اختلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بعينها في غير الموجود فالجواب سئمه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صحت استثناءه من الجارية كقبضها وسراويلها بما يتلبس بها وفيه إشارة الى ما يقال الحل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الحل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تفسير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لان اسم الجارية لا يتناول الحل فانه لو لم يستثن استحققه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبأيها أوسع حاجة الميت ومجزم ولهذا تصح في غير الموجود كالقرة فلا تصح في الموجود وأولى قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فإذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحل بالوصية فجاز استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذا لفرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والخلص ما ينشأ من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الحل بعرضية الوجود إذا الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلاً فيما إذا مضى بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فإذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فإذا أفرد الام لم يبق مطلقاً لثبوت الام بالافراد فصح الوصية بمقررة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لأقل من ستة أشهر من موت الموصى لا يعلم وجود الحل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتأمل (قوله والجواب سئمه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صحت استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر مما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صحت استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أرادته مقصوداً فليس كذلك وان أراد تبعاً فالحل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرساً) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والخلعة من البستان فليتأمل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها

بحسب الموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه فقيم لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت واليجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا

كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن جحد الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فن مشايخنا من أهل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصي له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانسكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بحضرة الموصي له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فانه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال لقوم

(قوله اعلم أن محمدا ذكر في

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت واليجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانه لا يعمل على الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدنا هذه الافعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يملكه باليمن والداريني فيه الموصي والقطن يحسبه وبالطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهما يمتثلان لانه تصرف في التابع وكل تصرف أو جبر زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراها أو هبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فانما أزاله كان رجوعا وذهب الشافعي الموصى به خارجا لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريره قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

والجمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناء منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناء ومنها كما سيأتي في التعليل الثاني لاننا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلامعنى للخط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كتمه صهلوسرا ويلها عما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الجمل في مسئلته هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للعمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فان معناه هو الانحراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لو لا ما دخل تحت اللفظ وعلى كل من التبعيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه إشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يميز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أو صيت

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

اشهدوا اني لم أوص لفلان
لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا
رجوعا لان قوله اشهدوا
اني لم أوص لفلان طلب
شهادة الزور منهم فيكون
معناه قد أوصيت لفلان
بكذا الا اني سألتكم أن
تشهدوا لي بالباطل وطلب
شهادة بالباطل لا يكون
رجوعا لانه ليس به جحود
حقيقة وما ذكره في المبسوط
على الجحود الحقيقي وه
رجوع على الروايات كلها
ومنها من قال المذكور في
الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنها من قال
في المسئلة روايتان قال شيخ
الاسلام وهو الاصح ومنها
من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط
قول أبي يوسف قال شمس
الائمة السرخسي هو الاصح
لان المعلى قال في فوائده قال
سألت أبا يوسف عن رجل
أوصى لرجل بوصية ثم عد
قال يكون رجوعا وسألت
محمد قال لا يكون الجحود
رجوعا وهو مختار المصنف
واستدل لابي يوسف بان
الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال واذا
كان نفي الحال وحده رجوعا
فني الماضي والحال أولى
أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يدها أو رجلها
أو نحو ذلك لا امتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الجمل فانه ليس
بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في
البيع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها ياء بخلاف أن لا يكون مقصودا عند اتصالها بها كما لا يخفى ثم قال
صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يدعي مالا يتناوله اللفظ فالجواب أن
صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كقولنا أوصيت لفلان ألف درهم الا فرسان
الوصية في الألف صحته والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى
منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن مالا يتناوله
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعه الا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والقصر من الخاتم والخلعة من البستان فليتامل في
التفرق انتهى وقد صد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار
انه لو قال هذه الدار لفلان الابناء هاهنا وللقصر الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء
يدخل تبعه والاستثناء انما يصح عما يتناوله الكلام نصا لا تبعافلم حكوا بطلان الاستثناء هناك ولم
يصحوه باعتبار تقرير الملك كما صحوا به هنا قلت انما يصححو ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقصر وأما على تقدير أن يصح الاستثناء
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ بصير الاقرار حينئذ مخصوصا بمعا عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الابناء هاهنا على تقدير أن يصح الاستثناء غير
بناء هذه الدار لفلان وهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر
انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جمل
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك
لما احتج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمستلزام هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام
مالا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية سيجي بشفاف صليها وتفرعها بعيد هذه المسئلة (قوله
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون
رجوعا) قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والا فان نفي الرجوع عنها بمعنى فسحها ورفعها
وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود
الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان بمعنى بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال
الوصية بان لا يثبت الملك للموصي له في تركه الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يتوّل الى ما ذكره المصنف في

(ولمجد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص فلان أو ما وصيته (نفي في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لا استمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولاً الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر لتحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً وفيه نظرم من وجهين أحدهما (٤٤٠) أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال

ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً أولاً الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة

التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على التأمل فلا وجه لتسببه إلى نفسه بقوله قلت (قوله ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمجد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص فلان أو ما وصيته نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلا يخلو من كونه في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب وليس يستقيم لأن الكذب ما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لالفاظه ولا معنى ولا حكاية فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميراً أراجعه إلى الكذب وأما ثانياً فلا نه لو كان المراد بذلك أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستندراً كالأبطال فحينئذ ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان وأما ثالثاً فلا نه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتاً بناءً على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغواً باطلاً لا يحكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظراً لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغواً وليس معناه بل معناه وإذا كان الإيصاء والحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغواً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولاً الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية فيه نظرم من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهنا قال والجحود نفي في الماضي

ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناسف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صواباً لكلام العاقل عن الالتفاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس ممن مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً لالفاظ لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارتهما أحدهما للآخر

(قوله وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو في حكم المذكور (ولو حتى يرجع إليه الضمير وأيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خالياً عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فإنه إذا جعل اسم كان ضميراً الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتفاق لا يلزم المصادرة فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التثنية والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وإنما جعل تلك الوصية بعينها غيره وقوله (لما يتنا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جازوا لا فلا

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل (بمخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه المذهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بمخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به فلان فهو فلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بمخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن الحمل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو فلان وأرى يكون رجوعا عن الأول) لما يتنا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان لا تخرم متباين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فسق الأولى (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة أما أن يجيزوها أولا فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وإن لم يجيزوا فالثالث بينهما نصفان إذا لم يزد على الثلث حصة وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فإن كان الله - يقبل الشركة جعل بينهما وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعا وقوله (وإن أوصى لأحدهما بالثلث ولا آخر بالسدس) واضح

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما) لأنه يضيق الثلث عن حقه ما إذا لم يزد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والحمل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثالث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما ما يذلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيقه ما فيقسمانه على قدر حقيقه ما يكفي أصحاب الدين فحصل الأقل سهمًا والأكثر سهمين فصارت ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثالث بينهما على أربعة أسهم عندهما) وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نقصان

والحال وبينهما اتفاق والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صون الكلام العاقل عن الانعفاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضاع حقيقة وفي الحال ضرورة لا وضاعا وهو الأول فلتاتفي وعن الثاني بأن الرجوع والجود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية على ما قررناه في الأود والتقرير انتهى أقول بردي على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجود في الرجوع مجاز لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التصادي بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهما تافيين في الحال وإن كان الجود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رحمه الله وجهه أن الجود كذب حقيقة لأنه لا يمكن أن يجزى الفسخ مجازا فيحصل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الانعفاء بدرا لا مكان وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصى بنفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والإجازة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تميز حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بفسخ حتى لو جحد أحدنا قول بانفساخ العقد وبمخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضا تعذر حمله على الفسخ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذا لم يشابهة بينهما لأن الجود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهم أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئا وصورة المحابة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه حصلت المحابة لاحدهما بألف والاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيره ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث فيكون بينهما اثنتان لا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهى الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعق عبد بن قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيره ما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فادلف بينهما على قدر وصيتهما اثنا الألف الذى قيمته ألفان ويسمى فى الباقي الثلث الذى قيمته ألف ويسمى فى الباقي وصورة الدراهم المرسلة أى المطلقة هى أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما ما اثنا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا فى المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) اهمافى الخلافية أن الموصى قد سد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كفاى المحابة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا تنفيذ لها بحال فيبطل أصلها والتفضيل يثبت فى ضمن الاستحقاق فبطل بطلانه كالمحابة الثابتة فى ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لانها تنفذ فى الجملة بدون اجازة الورثة بان كان فى المال سعة فتعتبر فى التفاضل لكونه مشروعا فى الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث تملق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا فى النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار به هذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهى على ما ذكر فى الكافى ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما فى جميع ماسماه بدون اجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية فى تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبدا أوصى به لرجل وثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما مناصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذلك هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له فى جميع ماسماه بدون اجازة الورثة واذ زاد مال الميت جدا لان العبد يكون رائدا على الثلث فى تلك الصورة لا محالة ولا

الثلث ولا كذلك فيما اذا أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ فى مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهم) فى الخلافية) وهى ما اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله ولا آخر بثلثه (ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كفاى المحابة والسعاية والدراهم المرسلة ولا يحنيفة أن الوصية

وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذ بطل الاستحقاق بطل ما ثبت فى ضمنه (للمحابة الثابتة فى ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى له بالثلث وفى ذلك يتساوىان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعنى المحابة واختيها وهو واضح وقوله (وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعنى بان كان عبدا أوصى به لرجل وثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما مناصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أى لا يجعل من ضرب فى ماله سهما) أقول المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله فى شرح الوفاة لصدر الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أى المطلقة) أقول يعنى غير المقيدة بأنماثل أو نصف أو نحوهما كذا فى صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أى على دليلها

وقوله (لان هنالك الحق تعلق بعين التركة) يعنى أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقيقتين بخلاف آلاف المرسلة ولهذا لو هلكت بنفذ فيما استفاد لم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن يمت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أولم يكن (لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الأولى كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد والمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٤٣) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الأول

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أحسن الانصباء اقله والتمس أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما لا ترخا روى عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان ابن بن معاوية قاضى بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المسوط والجامع الصغير

لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي آلاف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (وانذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر تجوز في الأول أيضا فينظر الى الحال والشكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن بنقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الآن يحجز الورثة) لان السهم راد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للأسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سمى له ما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي آلاف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزبيلى في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحابة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحابة متعلقة بالتمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحابة لانها وصية بالتمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن بنقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا محل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحجز الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل يجوز أو خفيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المسوط وقوله (ولا يزداد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فامانة اطلع على رواية غيرهما وأما أنه جمع بينهما (وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الآن يحجز الورثة) ومقرعهما المعروف (فان السهم راد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أن ابن مسعود وقول ابن عباس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا افظ الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المرادنى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فيشذبه يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وقوله (ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) (٤٤٤) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا

وفي بعضها فيعطى الأقل
منهما وفسر الاولى بعض
الشارحين فقال يعنى
ان كان أخس سهم
الورثة أقل من السدس
يعطى السدس لما ذكرنا
أن السهم عبارة عن السدس
وان كان أخس السهام
أكثر منه يعطى ذلك لأن
السهم يذكر ويراد به
سهم من سهام الورثة عملا
بالدليلين فان كان مراده
بقوله ذلك أخس السهام
وان كان أكثر من السدس
فليس ذلك بدليل لما ذكر
في الكتاب فان فيه الزيادة
على السدس وقد قال في
الكتاب ولا يزداد عليه وان
كان مراده السدس فإثم
عمل بالدليلين وأما الثانية
وهو قوله فيعطى الأقل
منهما يؤدي الى نقصان
عن السدس وفي الكتاب
الآن ينقص عن السدس
فيتم السدس

(قوله وقد قال في الكتاب
ولا يزداد عليه) أقول
فيه بحث اذ ليس المراد
نفي الزيادة مطلقا بل على
تقدير يكون أخس السهام
ناقصا من السدس فيصلح
ذلك دليلا لما في الكتاب
نعم يراد به أن العمل
بالدليلين يوجد اذا أعطى
السدس اذا كان أخس
السهام أكثر وأعطى ذلك

ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من
سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب
المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان
أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن
بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يحتج على الفطن ان يقول المصنف
رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون
ما للوصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه
أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل
المدكور فان في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور
ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصباؤه أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله
بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور
فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لاجل أخس الانصباؤه الذى هو
أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم عما ذكر
في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصباؤه باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما
الثلث فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في مزاجته ما هو أصل كالعدم
فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن
عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف
رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان
عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له
السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية
غيره ما واما أنه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح
في الكافي بأن أبا حنيفة يجوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس
وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب
العناية ما في الكافي على وجه الارضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر
المسئلة ان أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية
منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يحتج فلا وجه لقوله
واما أنه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير
حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس
لامطلقا حينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان التعليل
الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى
لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد به نفي
النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد
به رواية الاصل وقد كنت نهيت عليه فيما مر آنفا (قوله ولا يزداد ويراد به السدس الخ) قال

وأيضاً قوله (مأذ كرنا) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الاقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي مأذ كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فانه أعلم به وجهه المقلد وموعه وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وترك زوجها وبناتها رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة فيخرج التكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فالبنت وانما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزداد مثلاً للربع وأما على رواية الأصل فتخرج به كغيريجهما

مأذ كرنا فالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

صاحب العناية قوله ولا يذ كر ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى مأذ كرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وقسم الاولى بعض الشارحين فقال يعنى ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليل فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وان كان مراده السدس فمات عمل بالدليلين اه واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اه (أقول) قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضى كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله مأذ كرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الاقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله مأذ كرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود في لزوم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الاقل منهم ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي مأذ كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اه وعلى هذا أقس أمثالهوا خراجها على الرويتين وقوله (فالوا) أى مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

(قوله وأيضاً قوله مأذ كرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتامل (قوله وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الاقل) أقول كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفرع في قوله فيعطى وأرى ان ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والافيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع الصغير يخرج به كغيريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قوله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصداقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المحقة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة الى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب من كتابين روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما يئنه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو من كتب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره مات مجهلاً يجر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البيئته على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغيرة به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا مات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركه ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لمحق ثابت اهـ (أقول) ليس هذا بسدس بل انهم صرحوا بان ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فغير الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المنفهم عما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بمحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهلاً احياء لمحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا مات الجبر فى حياته اقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلاً فليس يصح ادلائل انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركه وان أراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لان سلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قوله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجملة كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان (ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله) وأجازت الورثة فله ثلث المال (فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجملة كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قررناه في التفرير بمستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أى من الهالك والباقي (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتولى ما تولى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا الجنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد واحد يجري فيه الجبر على القسمة (مع ما فيه من الجمع وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديم الوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبعية وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شيء منه أن يحبس لالهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبعية لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدراهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) (٤٤٧) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشترك بين الورثة والموصى له اذ لا نأخذ ما هلك هلك على الشركة وما سبق بقي عليها اثنان ونظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهما المتشرك يتولى ما تولى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد وله هذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجعلناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تقديمها قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو غزلة الدراهم وكذلك المكيال والموزون بمنزلة ثيابها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه ثمان اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقهاء المذكور

به من الرصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمله كما زعموا بل يجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لان المتيقن بثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن بثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضى ثبوت الثلث بل لا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز اعادة النصف

أو بثلاث ثلاثة من الدور وليس له الا ثلث الباقي لكثر التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها أنا على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عصبه باعتبار القيمة لا اتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام غير الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أباحنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجزئها أجناسا مختلفة وهم يريان ذلك لانهم ما يجعلونها أجناسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما أى من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من قوى الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتولى ما تولى الخ قال العلامة الاتقاي في وجه قول زفر ان الموصى له مات بقي المال مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعض هلك على الشركة واذا بقي بقي على الشركة فكذلك ههنا الذي هلك هلك اثنان والذي بقي بقي اثنان لا يقول زفرناخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله ونظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقدا ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث) والا صل في المال المشترك أن يوفي حق كل من الشر كاه بلا بخش ولا بخش في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) في الاول فيصار اليه وفي الثانية بخش في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لان للعين

فضلا على الدين) على ما ذكرنا في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس على فان من حلف أنه لا مال له لم يبحث بدون له على الناس سلمناه وأمكن لان سلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بأنه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالمدع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلاث ماله) واضح وان دفع بقوله (فلا يرزحهم الحى) ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخش في حق الورثة لان العين فضل لا عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلاث ماله فاذا عمر وميت فالثلاث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يرزحهم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاد ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالنسبة زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد به الإيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم يخرج من الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملاك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجازة من قبل الموصى عندنا كما هو في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه الاله تدبر (قوله لانه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار اليه) أقول فيه نأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسله تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له اذذاك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كمال في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين وادان كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذى هو العين والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورته ان خرج الالف من ثلث العين تخصا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين وبأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا بخش في حقهم لا محالة منافي لما يقتضيه حق التركة من تعديل النظر للجانين فليست تأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلاث ماله فاذا عمر وميت فالثلاث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يرزحهم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان دفع بقوله فلا يرزحهم الحى ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلائه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منه ما يجمع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه

(قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الا في مسألة فنذكر فانه يتفهم ههنا (قوله حال المالك) أقول يعنى حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره وقلم يرض للحي
 الانصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لليت اغوف فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
 ثلث مالي بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد
 منهم انصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
 الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد مستخلاف مضاف الى ما بعد الموت وثبت
 حكمه بعد فطرط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لئلا كثراته
 ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم
 يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضهير في قوله لان الوصية
 عنده للوصى والباقي
 ظاهر وقوله (ومن أوصى
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يترحم الحي مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يترحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المراجعة بينهما حال الملك أن يكون
 المراد بالمراجعة المنقبة في قول المصنف فلا يترحم الحي هو المراجعة حال الملك وهي حال موت الموصى
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمر وثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت
 الموصى كان الباقي منهم انصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزام وان التراحم
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لافي حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا يترحم لليت
 غير مطابق لما ذكره الشارح المذکور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيمات بعد حيث قال ولم يفرق بين
 علم الموصى بمجباته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهم ما لم يمتع الثلث بعد المراجعة عند
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات
 أحدهما قبل موت الموصى فان الباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذکور
 في الكتاب يفي باندفاع ذلك أيضا فالتقرير اظهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو وردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان الباقي نصف الثلث
 والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان الباقي نصف
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للوصى لما ان في المسئلة الاولى قد غت الوصية لهما بموت الموصى
 ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث
 وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف
 الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث ولا آخر نصف الثلث لان الاقسام قد حصل
 بينهم عند ايجاب لكون كل واحد منهما أهلا لا يوجب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد
 نصيب الآخر كما لو ردا أحدهما الوصية كان لا آخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان
 فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية فانما ينقص حقه باثبات المراجعة ولم تثبت
 المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للحي منها بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللولى فالثلث كله

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك إذا كانت باسم نوعه وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة فإذا ما لتيه التوجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لأن الصحيح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

فصار بمنزلة التعيين كالأوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقبض من حنطة من مالي وبثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للأوصى له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك إذا كانت باسم نوعه وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة فإذا ما لتيه التوجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لأن الصحيح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

فإن إلى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله) ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة موضع ولا غنم الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناوأت صورتين ما إذا لم يكن له شاة أصلاً وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الإصلاح والابضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف بيزم حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته خطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد بعض المتأخرين أن يجب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندى عما ذكره في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها ولا يقتضى وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به وبما يرشد إلى كون جواب هذه المسئلة فيما إذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف بيزم حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرحه لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزأ من الغنم وأنه يصلح جزأ من الغنم بصورته ومعناه فصار الوصية بشيء معدوم

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ماذ كره واضح صورته وتعليل خلا قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لمن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لأن الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فاعلم ان الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لأمة بشئ غير رقبته باطله وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطله والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية له اقياساً أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد جائزة لتساوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزاً ومضافاً بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقاً لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلاً ولقاتل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادقتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضاً لو اردت ان مسنة فلان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل وقوله (وإذناه في الميراث) قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصرفاً الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلامهم تملك المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضاً منصرفاً الى الاثنين وقوله

(نجد ذلك في القرآن)

يريد به قوله تعالى فان كان

له اخوة فلا ثمه السادس

والمراد بها الاثنين فصاعداً

وقد عرف في موضعه وكذا

قوله (وانه يتناول الأدنى مع

احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث ولفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لمن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناه ما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وإذناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المطلق بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللساكنين فنصفه لفلان ونصفه لساكنين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثه لساكنين ولو أوصى لساكنين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فهي

لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولا أنها تكون وصية للوارث وليس احد يترك العتق بوجوده في أم الولد أما الاولى

فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان يملك وأما الثانية فلانها لا تنتقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث

فليتأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي السكافي في المنقرقات من كتاب

الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر

أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمتكاتب عنده والوصية للمتكاتب صحيحة وعندهما

يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ

من رقبته بضم ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية

لعبد بعمال وصية لوارثه لان الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان

الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد

برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما

ومثله المتكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر أو للمتكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان

أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الاشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أنبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما بجملة واحدة وانما يأخذ منه كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بمخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار) أي ثم قال لا آخر أشركتكم معهما فان له نصف كل مال لكل منهما لأن تحقيق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالكين) فلا بد من العمل بفهوم لفظ الاشرار (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس (علما باللفظ بقدر الامكان)

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) لأن الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بحملناه لان اتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالكين فحملناه على مساواته كل واحد بتدقيق نصيبه علما باللفظ بقدر الامكان

انما تستحق الوصية بعدموت مولاها وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلا وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإصائه وصية صحيحة لا باطلا والصحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من السراخ الى الذخيرة (أقول) فيما ذكره ومن وجه القياس نظر لان قولهم وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بسبل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدموت مولاها اذا لاشك ان أم الولد نعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدموت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يتج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيان والامام المجبوبي عن هذا قال أما جواز الوصية لامهات أو لاده فلان أو ان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبدهما تجزى ولم يعتق بعدموته وأم الولد ليست أقل حال منة فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبدة انما تجزى لتناولها ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يعصم منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اتماما لصادقتها بعدموت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لتقي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبدة الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبدة لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علنان مستقلتان على معاول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قررناه لان التردد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشئ الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لتقي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشئ الثاني محتار والفرق بين أم الولد والعبدة الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أنبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهما بجملة واحدة فلا يعتبر بأشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الاشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد أشركتكم معهما اشراكه معهما بجملة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على لفلان دين فصدقه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر بمجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان (٤٥٣) وقد فات بوجوه وقوله فصدقه يعني فيما قال

لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا تعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل

الحق الذي عليه دون مقداره سبحانه في تفرغ ذمته فجعلها أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصيا غير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فيما تباركه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث

بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عبالا بالشبهين

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا تعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذه بغيره بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سبحانه في تفرغ ذمته فجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصيا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا بمجهول فلا يراحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة أخرى وهو أن أحدا لم يقين قد يكون أعلم بقدر هذا الحق وأبصر به والاخر له خصا ما وعساهم يخلفون في الفضل اذا ادعاه انحصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل واحد فيما يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة دين شائعا في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقر واو الورثة بثلث ما أقر وا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

بعبارة فلامعنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلامعنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيين متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعنى كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكرناه وعن هذا المأخذ ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذلك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقيق المساواة بين الكل ولا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا بالانظر بقدر الامكان وبهذا فردين المستثنين كاترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بوجوه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كافي الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فالهسم البيان كما هو في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عبالا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فبالهسم لم يعملوا شبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يخلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأخيه ولوارثه فلا جني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما عاك الأوصاء وبما لا يملك فضع في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاجا فيكون الكل لحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل واللاجني

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه
وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان مر ادلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغام بلغ في أن يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتراره الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك الجيب تأمل توقف ثم ان الامام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكثر هذا مشكل من حيث ان الورثة كافوا بصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاعتبار الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التمسك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكون جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتراره الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يحصل شائعا في الثلاث ولا يختص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يخلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائد عليه ويخلف أصحاب الوصايا البقاع من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا كلام صحيح أماقوله ينبغي أن لا يخلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائد عليه فلا تخلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاهما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يخلف الورثة اذا أنكره او أماقوله ويخلف أصحاب الوصايا البقاع من الثلث في أيديهم فلا تدعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن أوصى لاجني ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أي هذا الايصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كالأصع في حق الوارث (لان الوصية انشاء تصرف) أي ابتداء تملك من غير أن يكون بينهم مباشرة قبلها أو الشركة إنما ثبت حكمه عقبيه حيث لم يقع التملك الذي هو السبب صحيحاً لا ثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مقرراً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق الخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادق على ذلك أو بحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكره جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا لم يتصادقوا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه وينت في نصيب الآخر وقال اثباته مشتر كاهو المبطول وقد وجد ولقاتل أن يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح والنظر الى الوارث غير صحيح فواجه ترجيح (٤٥٥) جهة الفساد بحيث تعدى

الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن البقيين لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما في كل جزء فرسته يشتر كان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى حصة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقا وبطلان) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلان في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لا امتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أنواب جيد ووسط ووردي الخ) رجل له ثلاثة أنواب

وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضاً لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منها وأما الاقرار فاجبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته دون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكاً ولا لوقبض الاجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً قال (ومن كان له ثلاثة أنواب جيد ووسط ووردي فأوصى بكل واحد رجل فضاء ثوب ولا يدري أيها هو الورثة فجدد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى مجودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فذلك كان المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فيبطل

مطلقاً والمسمى فيما إذا ادعى زائداً على الثلث انما يدعي الدين في حق الزائدة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً فضلاً عن الخلف (قوله ومعنى مجودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك فذلك) أقول في ظاهره تغيير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما إذا ضاع الاثواب الثلاثة معاً والمفروض في وضع المسئلة أن يضع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك فذلك فانه ككذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع اصلاً فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فذلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبه والاولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن المراد بمجود الورثة أن يقولوا حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى مجودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقك فذلك تسامح في العبارة بناء على ظهور

جيد ووسط ووردي يخرج من ثلث ما له وأوصى بكل ثوب من الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الاثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيئاً الخ) أقول ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً) أقول لا يلو صرح في نصيب الاجنبي فأخذ بأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير الورثة قيرجع الوارث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا الى أن يبقى في يده فلس فلا يكون مفيداً في حق الاجنبي فافهم الا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر لكن الامر سهل

(الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتداء بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتداء بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا امره وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فإخذ ثلث كل واحد في حق صاحب الجيد وصاحب الردي فصار صاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي ولأنه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعي الردي ودون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله (واذا كانت الدارين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموز وفات (٤٥٦) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العرض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لأنها اذا كانت من جنس واحد الجبر القاذي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره نالان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال المصنف (لأنه اما أن يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

قال (الآن تسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الخو وفيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي عتيق لان اماناً يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيه ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقي عتيق لان اماناً يكون جيداً أو وسطا ولا حق له فيه ما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي الاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي عتيقين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبذلك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما ينه ولا تبطل بالقسمة ولها أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فننفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

المراد ووافق صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للنفقة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أرديا من الردي وقس عليه تعلقه واعما بالردي قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسة أذرع كامل لا قد نقص الخ فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تعليق الموصى ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لانه لا سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضا يزاد حق الورثة أيضا بسهم لان لهم ما ورثوا قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسة أذرع لربع الموصى له عشرة من نصيبه فبق أربعة وسهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعة أذرع للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندى انتهى هذا النظر يراد على تقدير الكافي ورودا ظاهرا

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز بصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه وان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به بحصيله المقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتعليك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جده حيث قصد التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفنا صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الدين وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كافي قضاء الدين فان المدين يجبر على قضاء الدين والدين تقضى بأمثاله افاضار ما يؤدى بدلا عما في ذمته اه ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافى ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذى جعل الشارحان المزبوران لدفعه ما تعللوا أن يقال بمعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزونات الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيفا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام فاضلنا حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشترى اذراوا قسما لم يكن لاحدهما أن يبيع نصيبه مما يشترى فهى افراز في حق بعض الاحكام لا يرى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا ينبت الشفع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا في حكم الوصية تصحيفا للوصية لان مبناه اعلى المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمره والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظاهرا أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله) وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها

وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٤٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصي له وأربعة للورثة لأنه لما حلت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصي له في خمسة تسكا عندهم محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فمعتبر زعم كل فريق فعملنا كل خمسة سهمًا فصار لكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بهنأ فبلغه فاما أن يجزى الوصية أولا فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جازت فإن دفعها إلى الموصي له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصي له في خمسة تسكا عندهم محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث

فلم يعتبر زعمه تسكا عندهم محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي

أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولده ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والمال مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصي له وهذا عند محمد فيضرب الموصي له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمًا فيصير عشرة وعندهم ما يقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصي له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعًا منه أيضًا فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخربها صحيحة لمصادقة مالك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهما سقط حقهم فنقد من جهة الموصي قال (وأنا أقسم الاثنان تركه الأب ألقاهم أقر أحداهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بأن ثلثه تضمن إقراره بما واثقه إياه والتسوية في إعطاء النصف ليلحق له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحداهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله ألاما أنه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا في إفادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصي له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدالين الآخرين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتشبه في صورة أن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي وأما في صورة أن وقع بعدهما في نصيب الآخر فلا لأن الموصي حينئذ كان مقرًا بملك الغير لغيره ولم يصير مالكه بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ومستثنات الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقر بأخ فبعده أخوه الآخر دفع إليه

فيكون

فلم يعتبر زعمه تسكا عندهم محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا

الى قوله (فيكون مقررا بتقديم عليه) فان كان الدين مستغرا لجميع نسيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالاتصال كافي البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا وصى به ما وقيمت ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا (وله ان الام اصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الايصاء (٤٥٩) وانما كانت الام أصلا لان الايجاب

تناولها قصدا ثم سري حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر زيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا انه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لان تسليم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقص له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بموضعين لكن لاوجب ذلك النقص في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بأقنه

فيكون مقررا بتقديم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا أن يسلم للورثة مثله ولانه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بمجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبع احسين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بهادونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ من ذلك من الام فان فضل شيء أخذ من الولد) وفي الجامع الصغير عن صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فلموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية بتعاطي الاتصال فلا يخرج عن الاتصال كافي البيع والعقب فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام اصل والولد تبع والتبع لا يراحم الاصل فلونفذ الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل بل يبقى تاما صحه فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقضي البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه انما خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقرر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى ههنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا ههنا نحن والحاصل اننا علمنا ههنا بأصل مالك ثم وعمل زفرهما بأصلنا ثم فلا بد لنا من الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية والاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان أني ههنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما بين المساواة من الوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاتفاق يتضمن الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا ولا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فهمنا نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فوردماقاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المستثنين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتمام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فهمنا نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لا تحصر الوارث في الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المستثنين بوجه آخر كما لا يخفى

سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (اما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث) وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالحكم الماهلة أي ما يصير حصته منه ما يقال حصتي منه كذا أي صار حصتي منه

فصل في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الأصول والأصل الأصلي مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبني على المعتد به في جواز

الوصية وفسادها كون الموصي له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الأقرار عليك الحال فحق كان المقر له وارثاً يوم الأقرار لا يصبح أقراره إذا كان المقر مريضاً وقوله (لأن الأقرار ملزم) فيه تلويح إلى رد قول زفر وهو أن الأقرار أيضاً باطل لأن أقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصح للوارث وجبه ذلك أن الأقرار

فصل في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازاً لا قرار وبطلت الوصية والهبة) لأن الأقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عنه صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يخرج عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت بمنزلة صورة فهي كالوصية إلى ما بعد الموت كإلحاق حكمها بتقرير عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو وصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والأقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البتة قائم وقت الأقرار فيعتبر في إيراد تهمة الإثبات بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الأقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الأقرار إقام السبب حال صدوره وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الأقرار أن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه أقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيرى أنها تصح لأنها عليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

ثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية وقوله (الأن الثاني يخرجه) أي تنفيذ حكم الأقرار في حالة المرض يخرجه عن تنفيذ حكم الأقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لأنه) يعني الوصية بناوياً لا إيجاباً وقوله (وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الأقرار أنه لم يكن عليه (أي على العبد) دين يصح (إلى آخر ما ذكر في الكتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الأصول والأصل الأصلي مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازاً لا قرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الأقرار عليك الحال فحق كان المقر له وارثاً يوم الأقرار لا يصح أقراره إذا كان المقر مريضاً اه واقتنى أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارته ما خلل حيث قال لأن الأقرار عليك الحال مع أنهم قد صرحوا في كتاب الأقرار بأن الأقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للقربة وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في أقراره لا يحمل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح أقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان غلباً لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم فحق العبارة أن يقال لأن الأقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله) وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الأقرار أنه لم يكن عليه أي على العبد بدين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهب إليه في شرح هذا المقام مما ياباه سداد

قال

الأقرار أنه لم يكن عليه (أي على العبد) دين يصح (إلى آخر ما ذكر في الكتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية (قوله) أما إذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا) أقول فيه بحث فإن لفظ الجامع الصغير هنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو وصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك أن كان الابن عبداً فاعتق في هذا اه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والأشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفثها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يدرك مرضاً من مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض

حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت) ولهذا ابتدأ فيكون مرض الموت والله أعلم

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن اعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (ويضرب

بمع أصحاب الوصايا) أقول لا يظهر أن يقال يضرب كل من هو لا يحكم كل من العتق والمحابة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداعي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا لا يشتغل بالتداعي فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن اعتق في مرضه عبداً أو باع أو جابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام قائم ما حلق قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضاً بما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بالربيب ثم أن قوله ما إذا أقره يدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هنا أن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورته الوصية والهبة أيضاً لم تذكر هنا بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق في معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وأن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً لاصرها بعينها ولا اندراجاً في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني يدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا اه ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وأنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً للدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية يجب بعد الموت وهذا من غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقية الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته من متوقعا وقوله (كالضمان والكفالة) غير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لاجنبي خالع امرأتك على ألف على أي ضامن وكذا وقال بيع هذا العبد بألف على أي ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الألف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أي نجزه في الحال ولم ينفذه الى ما بعد الموت (٤٦٣) (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء يتبين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان جابى ثم اعتق) صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بألف واعتق عبدا يساوي ألفا ولا مال له سواهما (فالمحابة أولى) وان ابتدأ بالعتق تخاصفيه (عند أي حنيفة في الاول يسلم العبد للمشتري بألف) ولم يبق من الثلث شيء الا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتخاضن في مقدار الثلث (وقالا العتق أولى) سواء قدم المحابة أو آخرها فبعث العبد محابا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء انقض البيع ورد العبد للزمن من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء مضى العقد وأدى كمال قيمة العبد التي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعنتقه أو يوصي بعنتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقية الوصية لانها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه بكافي الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اعتبارا بمحابة الاضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء يتبين انه لاحق لاحد في ماله قال (وان جابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة وان اعتق ثم جابى فهما سواء وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أحسبها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحابة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب لتساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفلا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

ذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لان جميع المال كسبائي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا يغاير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد بباب على حدة وأخوه عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفلا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول في هذا التحرير قصور بل خلل أما أولا فلأن تقدم من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشوم مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كافي المحابة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانيا فلأن قوله وغيره بلحقه الفسخ يوهم باطلا لانه أن يلحق الفسخ المحابة أيضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضا ثم ان كثير من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه الفسخ أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

واذا أنتع بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لانها لا يجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله وغيره بلحقه أي غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع به ما خلاص الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والعتابة وقوله (٤٦٣) (لهما فى الخلافية) وهى التى قدم فيها

الهابة على العتق وقوله
 (لا يوجب التقدم في
 الثبوت) ألا ترى أنه إذا
 أوصى بثلاث ماله لفلان
 ولفلان ولفلان كان
 بينهم اثلاثا وصل أو فصل
 ولا عبرة بالبداءة فكذلك
 ههنا وقوله (لأنها ثبتت
 في ضمن عقد المعاوضة)
 يعنى وبالمرض لا يلحقه
 الحجر عنها (فكان تبرعا
 بمعناه لا بصيغته والاعتاق
 تبرع صيغة ومعنى) لأنه
 لم يثبت في ضمن المعاوضة
 وبالمرض يلحقه الحجر
 عنه

(قوله يستوى فيه من
سواه ما أى سوى العنق
والهابة) أقول فيه شئ
فان لفظة من تأبى هذا
التفسير (قوله وهى
التي قدم الخ) أقول
فيه شئ فان الظاهر
التعميم للسائلين (قوله
وقوله لانها تثبت في
ضمن عقد المعاوضة يعنى
وبالمرض لا يلحقه الجبر
عنها) أقول ضمير عنها
راجع الى المعاوضة (قوله
فكان تبرعاً بعناها) أقول
تذكير الضمير الرابع
الى الهابة ما باعتبار الجبر
أو لكونه بمعنى أن مع
الفعل أو على تأويل

واذا تقدم ذلك فمات من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواه ما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض له ما في الخلافية أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بعينه لا بصيغته والاعتناق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أو لا دفع الاضعف واذا وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حاي ثم أعتق ثم حاي

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك لسد يد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي حينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا ياعده لا محالة فان العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله) وإذا قدم ذلك فتابي من التثا بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تأتي هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك أن يقال أي سوى المعتق والذي حوينا له أوسوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ صاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذا المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاختفاء والتعمية فبقيت السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله) لهما في الخلافة قال صاحب العناية في بيان الخلافة وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتنبهه العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبله ما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تنبئ المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والاصواب في بيانها أن يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله) ولا معتبر بالتقديم في الذكرا له لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية ألا يرى أنه اذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة للبداء فكذلك هنا اه وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لفتايل أن يقول حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تخليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيما معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير بزمان واحد فلهذا كان التثا الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكرا قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافتقرت صورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حيا ثم اعتق ثم حيا

ما ذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكونها باءة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما) ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بيننا وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو حابي ثم حابي ولم يخرج من الثلث فما حصل ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه انما تحصل لان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض بنفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ونبت للمهاجرتكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الاول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لان المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً له والعق الاول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كمالو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أوجب بأنه لو استرد الثلث منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي الى الدوران نقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكنتاني الا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف

قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابي ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعق عنه بهذه المائة عبد فلهك منها درهم لم يعق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال يعق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قرية فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصي له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها اقرب بمحضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فلهك بعض ما يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر يختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عنددهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنددهما حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

وهذا (ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون غمام الثلث للمحابة الاولى عنده لان المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الاولى مرتبة على العتق والمساوى للرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوى للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق على المحابة على المحابة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللاً وكذا اذا تخلل الغير اهـ وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذ كر ذلك صريحاً بل يحاذرهم بجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سبباً للمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً للرجحان المساوى والجواب ان سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المراجعة ضرورة واحداً للتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المراجعة أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها لتخرج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا أقولنا مساوى المساوى مساو وهم صرحوا بصدها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتامل (قوله أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدوران) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعنى الى الصواب لانه ثبت بالليل أنه حق العبد عنده فيصالح المستحق اذا هلك منه شئ ونبتل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله (ومن أوصى بعقبي عبده) أى باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى الملك من جهته) أى لان الموصى له يتلقى الملك من جهته الموصى (الأن ملكه) أى ملك الموصى (باق) فيه حاجته حتى لو كان العبد ذارحم (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعق عليهم لما ينسأ أن ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فان فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أى كانوا متبرعين فيما قدومه

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد ا قيمته مائة درهم وقد كان أعنته في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شئ) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازه الورثة لان الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقبي عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته فان فداء الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية بالفداء كما أنه لم يجز فتتخذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث تحاصوا ما ذكرتم من ان التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما يخص الاصلان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ونبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً لم يقل المصنف قط ان التقديم مطلقاً يقتضى الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضى الترجيح كافي لتقديم الحساب على الاعتاق ليكون المقدم اذ ذلك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الاقوى فلا يقتضى الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كافي بتقديم العتق على الحساب ولا دفع المؤخر المساوى كافي بتقديم احدى الحسابين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا انجازه أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كافي قولنا مساو وبمساو فانه ينتج ويستلزم ان مساو ب مساو بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهى ان كل مساوى المساوى مساو والسؤال الاول يمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان أريد أن بتنفيذ الحسابين جميعاً ثم ينقضهما بعد الموت يرتفع تقدم احدهما على الاخرى فذلك أمر لا يساعد العقل وان أريد به أن التقسم والتأخير بينهما باقيا ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف ان التقديم يقتضى الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما تبيننا عليه أن تقام ان الذى ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضى الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضى ذلك فلا انجازه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدرایة نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغى ان يقسم الثلث بين الكل أثلاً لان الحسابات الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للحسابات الثانية فكان مساو للاولى لان المساوى للمساوى مساو قلنا العتق مساو الثانية بمعنى يخصه

(قوله وقوله وهذا أشبه يعنى الى الصواب) أقول الظاهر تبديل الى الباء (قوله لانه ثبت بالليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقبي عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال فى الكافي والاصل أن الايضاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شأوا دفعوه وان شأوا فادوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك

(٥٩ - تكمله ثامن) لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وان اختاروا الفداء فعليهم الدية لا التزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليه المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرثاشي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في محنته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الا آخر ان لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصل ما تصديق واحد بقوله صدقتم جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينه فينبينان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولاي حنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لان من حيث المعنى لان اعتناق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لولاه المريض أعتقتني في محنتك

وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتم أعتق العبد ويسمى في قيمته للغيريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين طاهر معها فقامان كالأقرب بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الزمة فقد وقع ما يخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف مقدار الثبوت الدين في الزمة وعندنا تنقلها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالأقرب المسورين حيا وقاله ذلك فقال صدقتم وألا خلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل في تقديم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات

قال (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا يتقدم جميع المال والوارث ينكر لان مدعاة العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكره والقول قول المنكر مع اليقين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليقين الا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا من احمه فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معانته وهو خصم في قامته بالاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقني أجوك في الصحة وقال رجل لي على أربك ألف درهم فقال صدقتم فان العبد يسعي في قيمته عند أي حنيفة وقال لا يسعي في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرهما تصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كأنهما والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان في دفع من حيث المعنى باليجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فوجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وهو تقدمه عليه فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال الهابة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجع راجع لما أمر أن رجحان الاول بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا القول ينبغي أن لا يكون للعبادة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للرجوح مرجوح كذا في الفوائد الجديدة اه فتأمل

فصل * ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حجة أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر فاما أن يوصى بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركه ولم يجبر الوارث على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول يتقدم ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أي حنيفة خلافا لصاحبيه لو تركت ألف وهذا يدعي * ديننا ذلك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع ببدا بمبادأة الميت وان اختلطت ببدا بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوعاً كما ذكرنا بدئاً بما قدمه الموصي لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكرفاته لا يوجب

التقديم في الشبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أوجب بأن هـ اذا مختص بحقوق الله تعالى لا يكون صاحب الحق واحداً أو أما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان بمنزلة جاحقين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكثرزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يهيج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهودياً بالحديث

فصل ومن أوصى بوصايا
(قوله والصدقة على

فصل قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم وذكر الطحاوي انه يتبدى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمرتبتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بعوت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقر في محله ومر في الباب السابق أيضاً مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً نقل عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يتنافى قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي أو آخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداءة بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم اذ لا شك ان الأهم هو الفرائض فكيف يتمنى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الاعطاء والتعليل لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداءة في الاعطاء والتعليل بما هو الأهم في الشرع وان أخر في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من تنفذ وصاياه أو يؤدىها الى محلهما من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من تنفذ وصاياه ويصرفها الى محلهما بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يتبدى بالاهم (أقول) لفتايل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

الفقراء) أقول فانه تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعامل الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه أنفاس عدلهما من الواجبات والفريضة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر بالتقديم في الذكر والا فلا وأوصى بثلثه لانسان ثم به لا خزلزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجع (قوله أوجب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينهما في القوة من جهة بعد تساويهما في القوة من جهة القرينة أو الوجوب أو التنقل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقوى في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالأهم في قوله لان الظاهر أنه يتبدى بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يتبدى به اذ لا يتبدى كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منه دليلا على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المتبدى كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يتبدى به فسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداء في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكرك مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها وماله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كاللحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة وان لم يحجز وما كان لله تعالى ففرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلفت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداء بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يحجزها اما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجعا الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فاساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسميات الوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسمها منها وان رجعا الى الثانية فمع كونه مما بدأ به اساق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها مهما لم تكن في مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامه هنا قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيها بعد أصلا فيقوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلم في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ نسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل نقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك كفاية الانظار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بان نازم مستفيضة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذور واجب بإيجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور

(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر انه يتدنى بالأهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقدم ما قدم فكذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهم ما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله وما كان العبد وتجمع لكل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزم ان يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أبجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أبجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن يجوزنا لاننا علم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى في الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كإقدام الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان العبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لاني ان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقاه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالحجاء في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع ما روى الوصايا ما كان الله وما كان العبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة الحجاء أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحجاء عند اجتماع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في الحجاء هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان العبد فإصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أبجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أبجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن يجوزنا لاننا علم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى في الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كإقدام الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان العبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لاني ان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقاه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالحجاء في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع ما روى الوصايا ما كان الله وما كان العبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة الحجاء أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحجاء عند اجتماع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في الحجاء هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسي في محيطة لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباها العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرهما مقصور عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العتق لانه من الاركان الخمسة والبداية بالافضل أولى لانه أجر لثوابها وأعظم أجرا اه وأنت خير بأن قوله ونفع غيرهما مقصور عليه منقوض بالعتق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الا كمال عما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يحجز ولم يمه رمداً نفقه وأما الاطعام

فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يحجزه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التابع أصلاً حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ماقررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه وجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ) أقول وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وقد وقع أجرو على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجراً الى الله ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فبدأ من ذلك

لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فينتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرب فيجى عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ماقررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فأتى وأوصى به وجب الا كمال عما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يحجز ولم يمه رمداً نفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يحجزه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب المذان ذكرهما بقوله وورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزئ لا ينقطع وغير التجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضرب في التجزئ وانما يضرب في غير التجزئ فان كل عمل غير متجزئ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزئ فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الوصى أداء الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل التجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الاخر ما بقى منه كما اذا اطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يحجزه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعاً للسؤال قطعاً ولعدم فرق الشارح المزبورين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية يدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الا كمال عما بقى بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزئ يناق في الانقطاع والالم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزئ الاطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزئ لا يناق في الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزئ وغيره الآن الا كمال عما بقى متصور في التجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

باب

المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب فيجى عنه من بلده

وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظاهر بموته أن سفره كل سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروج للتجارة سواء وعنه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

انما آخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية (٤٧١) اقوم مخصوصين وفيما تقدمه

ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع) يعني لعدم دخول جارا للمحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

(قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجعلا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا بدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون عند أبي حنيفة وقالاهم الموصون وغيرهم عن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهه كاستدأما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فامر ضرورى ولا يخفى ان مداره قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثانى يعنى لما تقدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بل يريب وأما الثانى فلان الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب أن قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يشأ له هناك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الموصى الخ) أو ضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جارا للمحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى اعدم دخول جارا للمحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول اعدم دخول جارا للمحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية للجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة فان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا كما سأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلة كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إيصائه لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الموصون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجال والجيران في التفصيل

وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعني (٤٧٣) ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات إشارة إلى

الجواب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصافي الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والاثني والمسلم والذي قال والاثني والمسلم والذي قال محمد في الزبادات وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يعلكون المسكن ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو المالك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد بالتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لا قرياء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

(قوله إشارة إلى الجواب الأربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار إلى الجواب الثلاثة وبسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

من الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبي بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل

ان

الذي) أقول لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر

الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلاً ثانياً كما هو مقتضى التحرير ووجه كماله في (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والاثني والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما سبقه من يسكن محله الموصى الا أن يكون مانقه ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره يوجب ذلك كماله في (قوله) على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف من يسكن محله الموصى الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما لا كأوصيهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكاً بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بتمام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملاكاً حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكاً ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن غير الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحراراً وملا كافاته قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك لئلا يدخل قطعاً على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما عدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكاً من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقاتل أن يقول لعله أراد دخوله كون نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيحصل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقاً له ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية اذا عبرة وقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وأيضاً الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الاول منهم فافلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فممن كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقة لا محالة وأما الذي كان عبداً وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعاً لانه لما صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلا أنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيئاً للعبد تملك كما مضى الى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه ثانياً بل معناه تملك شيئاً لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به ولا يلزم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقل أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملكاً لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لا قرياء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

فلا يدخل في الوصية أولاد
عقيل وجعفر وعلى القول
الثاني أقصى الأب أبو طالب
لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم
فيدخل فيه أولاد عقيل
وجعفر وبقية كلامه واضح
إلى قوله ولا معتبر بظاهر
اللفظ بعد انعقاد الإجماع
على تركه وهو جواب عن
قولهم إن القريب مشتق
من القرابة فيكون اسم المني
قامت به وبين كونه متروكا
بالإجماع بقوله (فإن عنده)
أي عند أبي حنيفة بغير دعا
ذكرنا من الأقرب فالأقرب
بالقيود الستة التي ذكرناها
(وعندهما بأقصى أب له في
الإسلام وعند الشافعي
بالأب الأدنى) وما كان
متروكا بالإجماع لا يصح
الاستدلال به للحالة وقوله

بيت المرأة اه واقتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبها العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقر باء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرر من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرر منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقر باء امرأته مع انهم يدخلون في الايباء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقر باء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقر باء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الإجماء والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(قوله لان الصهر في اللغة
يحيى جمع في الخلق أيضا)
أقول بدليل قولهم
كل أبي بنت اذا ماتت عمت
لانه أصهارا اذا عتد الصهر
فأولهم خدرونا ثم امرؤ
ونالهم قبر وخبرهم القبر

٥١ من شرح الزيارات العتاي (قوله فصاعد الاقرب

(٦٠ - تکملہ نامہ)

فالأقرب) أقول يعني بتقديم الأقرب فالأقرب وبالجملة فيه شرائط الأول أن يكون اثنين فصاعداً والثاني كونه قريباً والثالث كونه من ذى رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والأم والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثاً قال المصنف (وقال أصحابه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الأقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لامهات وأولاده بالثلث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعة ولم يعتبر هنا

(واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان) يعني وله ولدي يحوز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما أجمله من القيد على مذهب أبي حنيفة وقوله (لانه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل عدم الميراث عتلة الميراث حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر حيث ذكرنا لقاتل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمن كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه (٤٧٤)

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجوع كلها ساقط لتعذر فتحه بين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتعنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العلم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهما اثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الأخوة وقوله (والعم) وان لم تكن واثرة جواب عما يقال العم لا تستحق العسوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العسوبة لوصف قام بها وهو الاثوة لا يخرجها عن مساواتها

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار الاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فلم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمته وخالاة فالوصية للعم والعمية بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمية وان لم تكن واثرة فهي مستحقة للوصية كالميراث القريب رقيقا وكافر او كذا اذا أوصى لذي قرابته أو لأقربائه أو لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدهم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واثتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الورثة اياها على ما تقر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه أنفا في مسألة الابناء لا خاتنه أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان أراد ان الوصية أخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا الخصم لا يسلم كون ما ضمن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبي حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزبيدي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والمخير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اهـ وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تظن أنه لم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلال عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار بأهله

ومنه

العم في استحقاق هذه الوصية كالعالم الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله (لانسبائه) الانساب جمع النسب وهو القريب كالانصباء في جمع النصب وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا له ما قال (ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته) الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واثتوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فجئناه وأهله الامر أنه وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غير ما علم امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية نظراً لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله أمكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم يقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقربه من ضمنهم نفقته فإن كان معهم من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأنيذاً فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالاتي التي استدلالها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الحال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا بالخلافة وإن كان أكثرهم من الأماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله (ولو أوصى لابنهم فلان) البقي اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعيان والزمن معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كدفع من الدقواء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وأناتهم وهو اختيار الشعبي فإذا أوصى لهؤلاء فالأمر أن يكونوا قومًا يحصون أو لا فإن كان الاول وحده الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب فإن احتج إلى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد إذا كانوا أكثر من مائة فأنهم لا يحصون وهو الأيسر وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراءهم وأغنياءهم ذكورهم وأناتهم لأن الوصية (٤٧٥) تخليك وتحقق التملك فيهم يمكن

وان كان الثاني فالوصية
لفقراء منهم لما ذكره في
الكتاب وهو واضح

(قوله قبل في الاستدلال)
أقول القائل هو الاتقاني
(قوله على أن الحقائق
لا يستدل عليها) أقول ان
أراد أنه لا يستدل عليها
بالقياس فسلم ولكن
ليس الاستدلال عليها
بالآية الكريمة كذلك
بل هو من قبيل السماع
وان أراد مطلقاً فغير مسلم
(قوله كالاتي التي
استدل بها) أقول منها
ما ذكره في الكتاب ومنها

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لأن آل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لحسبه فالتنسب عبارة عن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لابنهم بن فلان أو لعيانهم أولادهم أو لآرامهم ان كانوا قومًا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياءهم ذكورهم وأناتهم لأنه يمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تخليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سدان الخلفاء ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فيأمر جملته على الفقراء

نظراً لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى أنك إذا قلت رأيت انساناً يفعل كذا أو أردت بالانسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذن لا يثبت بذلك الآية بمطوَّب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحبها واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فنجسناه وأهله إلا امرأته ومنها ووهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتصمل على الكل إلا أن المالك لا يدخلون لأنهم خدم الأهل تبع لهم (قوله البقي اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل نظراً لاسم والتظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي البقي صغير لأب له وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة فإن قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم بغير أبي طالب قلنا هذا اللطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فأنهم كانوا يسمون البقي وهو ليس ببقي فلا يتناولونه سبهم كما يسبون مذهباً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارمل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها ومات عنها أدخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذة من قولهم أرمل القوم إذا فني زادهم والذي كرى يسمى أرملًا مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل إلا في الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وأناتهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر إلى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقيروهل يدخل الذكروالانثى في الأباى دخوله في الأرامل أو ألقال الكرخى يدخل لان الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الأرامل وانما بطلت الوصية في الشبان والأباى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عليه كما في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفقي من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فراد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيئا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعني إذا أوصى لبنى فلان فلا يخالوا ما إن يريد مفهومه الاضافى أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاثنا عند أبي حنيفة رجوع اليه وكان يقول أو لا يدخل وهو قولهما والاختلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الاثنا منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثنا وقد عرف في موضعه ووجه قوله الا آخر ان حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاثنا تجوز ولا يصار اليه عند إمكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبائا خاصا أو فخذان كان (٤٧٦) الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكروالانثى عند الانفراد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عليه كما في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثنا ثم رجوع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه لللاثنا تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاثنا لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكروالانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند إمكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الانشاء رواية واحدة وفي أولاد البنات واثنان هـ هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكره (ومن الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي فأما لان فلانا إذا كان فخذافسبوه وبناته لا تخلوعن الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما إذا كان أبائا خاصة فان بنيهم وبناته قد تخلوعن الاولاد فلا تكون مرادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول يخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما إذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين إلا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة تختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول وفي الكافي يخالف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو ولد كور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاثنا وهو قول أبي حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه يدخل في الميراث مع البنت دليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن لليت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما لذكور مثل حظ الانثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول اولاد الاولاد لان فلانا إذا كان فخذافسبوه وبناته لا تخلوعن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلوع عدم الخلوع لا يدخل له في كون أولاد الاولاد مرادة إذا كانت معنى مجاز بالاولاد لا إذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال إذا كان فلان فخذيا يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما إذا كان أبائا خاصا فليست

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبني على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن انظر المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخفاف وليس بظاهر لأن معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتراك الصلب الأب والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منهم ومعنى الأسفل منهم عليه فكان في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لافي النفي ولا في الإثبات وأجابوا عن مسألة الخلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل (٤٧٧) على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير

بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير بمستوفي بعون الله وتأييده فإن قيل سلطنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فإن قيل اترجى من جهة أخرى يمكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أجب بأنهم معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جاز بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقير وفي الأعلى الغني والمعروف عرفا كالمشروط

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقه وموال اعتقه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا عاود كرفي موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولنا إن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منهم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمه اللفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها من ضمهم نفقته فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه (أقول) لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب العناية فإن حصل نظره القدر في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأتي كونه المراد بالأهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالظاهر في تعديل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يبي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر توقف (قوله) ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله (أقول في التعديل كلام لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تصاف الوصية إليهم وهي حالة الموت فإن المرفوض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشي غير رقيقها لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب أن الوصية لامهات الأولاد يثبت ماله جازة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقيقها لأن الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تتحمل أن تكون اعتاقا لأنها تعلق بموت مولاها وإن لم تكن عنه وصية أصلا كما

شرطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جازة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجود أو الوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيها

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لأنه يفضى إلى جواز إرادتهم ما فيهم ليصبح الجمع بينهم ما لو سنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى مجاز بينهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاء (لازم) أي ثابت مستقرا والصحيح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالأحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الإيصاء يعني بالاجماع عبد قاله مولاه وهو واضح ولو أوصى (٤٧٨) لمواليه موال وأولاد الموال وموالي المواله دخل معتقوه وهو ظاهر

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قاله مولاه ان لم اضربك فأنت حر لأن العتق ثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي مواله يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى المواله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي الموالى عقد لا التزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه موالى الموالى لأنهم موالى غير حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجدمنه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

وأولادهم لأن نسبهم إليه بالولاء لا يعتق الذي ياترى في آبائهم والفروع أجزاء الأصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بنى فلان وأولادهم لأن الذي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وانعام بنو بنيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى المواله يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (والاعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به الا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تميز أحدهما وهوان ولواء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف يختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق الزيجة بينهما ولو لم يكن له الاموالى موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة

حقيقة الشرح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكرناه هناك غير متمم ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا ينبغي أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالجواب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف وبرشد إليه أيضا أن شمس الأعمدة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالجواب عن ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تنجو رأي أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معام كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتجب أنه جوز تناول للكل في هذه المسئلة دون الأولى ومفاسدة قلة التدبير والتبعية مما يضيّق عن الاطاعة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أى موالى العتاقة ولا أولاد الموالى أى ولا أولاد موالى العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالى الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعقوقين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي المولى عقد لا التزام وقد صرح الشراح قاطبة بأشراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب إليه صاحب النهاية

ولو

إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صور الكلام العاقل عن الالغاء

(قوله وهوان ولواء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ولواء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز) أقول بخلاف لما ذكره أنفام القول بالاشترار الآن يبنى على التسليم والتزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا ولاد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا وصى لموالية (موال أعنتهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعنتهم أبوه أو ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشراعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسببه فقلنا أنهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين أعنتهم موالى له حقيقة وقوله (وانما يحرم ميراثهم بالعصوبة) جواب عمار وى عن أبى يوسف أن موالى أبيه تدخل اذا مات أبوه وورث ولا هم ولا هم لانهم موالى له حكما وهذا يحرم ميراثهم ووجه ذلك ان احراره الميراث ما كان لكونهم موالى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الوالامة كاهمة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا عوا ليه لاه حقيقة ولا مجازا وانما يحرم ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجازا اذ لا شئ أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنیه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجازا الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف ههنا وكان صاحب النهاية انما اغتر بماتقه عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور ههنا وهو قوله لان الحق اذا لم يوجد وجب العمل بعباده ومطابق المسئلة غير أب عنها فانه لا يتناقف الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنئ المسئلة ترك الحق بالارادة من الآخر لا من مرجع وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف ههنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل بأباه جسدا كما ينشأ عنها (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العقائل عن الالفاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز لمخلص معروفي دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية لأولى لاته مولا حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا موالى له أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهب مالان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند عام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضوعين وان كان فيه بعد من حيث الاراد على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليم ما بقريئة صيغة الجمع والمحصار للمعتق في الواحد وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتفاقى (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب

يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موالى أعنتهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعند ههنا ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخبرها عن موضعها قال (وتجوز الوصية بخدمته عبده وسكنى داره) كلامه واضح وبقيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما ماعليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد المات) لان الموت (٤٨٠) لا يزيلها والارث خلافة (فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمته عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد المات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوبا على ما ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصي له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تملك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشمله ما قال (فان خرجت رقة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصي له في الثلث لا يبرأجة الورثة (وان كان لامل له غيره خدم الورثة يومين والموصي له يوما) لان حقه في الثلث وحقه في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاؤه لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهابة ابقاء الحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ان لا الانتفاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو اعدل للنسبة بينهم حازما واذانا وفي المهابة تقديم أحد هما زما ولو اقسما الدار مهابة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الآن الاول وهو الاعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خاص بملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخبرها عن موضعها كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لان التمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها اعوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه يبناء الكلام على الأكثر يسبق تأخير الوصية بالتمرة خالبا على بيان التمكنة كالأبغني (قوله الآن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهابة باختيارهم فالتأخير بسقط حقه فلا تبق الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط التأخير حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطر بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر بدع واليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كلا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطر البتة فهو لا يقتضي الانتفاء الظلم له وتحقيق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل منه

لا يبق) واذا جازت الوصية بتمعة العبد حازت بقلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) يعني المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمته عبده لشخص فاما ان قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه لخدمته وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصي له يوما الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيا فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى

الموصي له حتى يستوفي وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة بخدم الموصي له يوما والورثة يومين حتى تغضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصي له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرد الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة بخدم الموصي له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنه كره

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) اذ مات الموصي له عاد الموصي به الى ورثة الموصي (لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقّي لكن يجوز أن يستحقها ذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولو مات الموصي له في حياة الموصي بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨١) عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصي له بنفسه أو سكن الدار الموصي بغلته بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصي له بالخدمة أن يوجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ تذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل) قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله (الآن الرجوع للتبرع لغيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للوضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا يعتبر به

قال المصنف (وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار

وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذلك حق المراجعة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا عنه قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات الموصي له في حياة الموصي بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قبل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دراهم وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلاها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصي له بالخدمة والسكني أن يوجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فملك غايكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالايمان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بملك ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك غايكها ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تملك ببدل كذا هذا وتحققه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الآن الرجوع للتبرع لغيره والتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أماره في وضعه بغير لازم

للتسوية بينهم ذنا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلا لانه منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصي له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل ل هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصي له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر لبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلا لانه ان كان حق الموصي له ثابتا في سكني جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر لبيت وخر وج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكني جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت في سكني جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص والا لزم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصي له والورثة اثلا لا تنفع وأن لا يقسم الدار بينهم مهاباة من حيث الزمان

(٦١ - تكمله ثامن) بأن ظهر لبيت مال آخر) أقول قال الكاكي ويعتبر هذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن الحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصي له) أقول قوله الموصي له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول لا ينبغي أن الانسب للقيام كان أن يقول لان عين المنافع قيمتها لكنه قلب تنبيهها على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتامل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها يبدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فإرادته بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٣) الاخراج الى أهله الا باجارة الورثة وقوله (واذا كافوا في غيره) أي في غير

مصر الموصى وقوله (ولو) أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جواز فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تهيئاً للقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه إشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المياة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطفامنه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) بريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي

ولان المنفعة ليست بحال على أصلنا وفي غلبتها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها أما اذا غلبت على ماله مقصودة بتغيير عوض ثم يملكها بعوض كان مملكا أكثر مما يملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للوصي له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجهم الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كافوا في مصر مقصوده أن يملكه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كافوا في غيره مقصوده أن يحمل العبد الى أهله لخدمتهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل بالمنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دنابر فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا ان يقول المطالبة بالقسمة تنفي على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب والآخر له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا آخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها صاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

اثلا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها) قال في العنايه واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها يبدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فإرادته بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لان كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله بمنفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كاية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بحال على أصلنا وما ليس بحال في غلبتها بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة وما في غلبتها احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها ولا يكون مملكا أكثر مما يملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الدلالة الشرعية كلية كل واحد منهما في نفسه لا بحال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما ثم

(قوله وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل بالمنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه) أقول أي من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولا آخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للوصي له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للوصي له بها (اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيها يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص و برقبته لا خرا ما أن يكون أدرك أحد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان الاتفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كال كبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتكمن من استخدامه بالاتفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا بهوان أبي الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالستعير (٤٨٣) مع المعبر وان جنى جنابة فالغداء على من له الخدمة لان

التمكّن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أي لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شيء) لصاحب الطرف) وهو الامه والخاتم والقوصرة (في التطسرف) يعني الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فبالا اتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كافي وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب والمنسوط دليل على أن المعول على قول محمد

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلزم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للوصي له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيه ما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو وصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الطرف في الظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامه للوصي له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامه للوصي له بهادون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شئ في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كافي وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للوصي له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للوصي له بها اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيها يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يقيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولها مالهما لفظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقراء من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل يتناول هذا الوافر بخاتم لرجل واستثنى فسه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للقر له لان الاستثناء تصرف في الملقوط بل انما المراد هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول

والصواب في أختها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدوام مع البناء ومسئلة السيف والحلية والامتنان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا فوع محالفة لما أسلف في الوصية بجارية الاجلها فراجعها متاملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى לאחר ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالانقصار على الموجود من الموصي به والتعدي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة في وجه يقع على (٤٨٤) الموجود واخذ ما عاش الموصي له ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بغلة

بستانه أو أرضه أو سكنه داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جازع إلى الأبد ويعبر بخروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته والبن في الضرع لأن المعدم من هذه الأشياء لا يستحق بوجه ما وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمره بستانه وأن لم يذكر فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فليقاس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصي له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بوجوده فتبطل وجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالفقعة في فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) إلى آخر الباب واضح ولقد دراهم المصنف ما أجزل تركه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير بالوتر كيه أو في تأديته من غيره وهذا

ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في القص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل القص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصي له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصي له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موضوعا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون القص قال (ومن أوصى לאחר ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانه أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم الموجود عرفا فلا يتناول المعدم الأدلة زائدة مثل التخصيص على الأدلة لا يتناول المعدم والمعدم مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فتتضمن الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولها مع ما غيرها موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ

في بطنها تناولها مالهما تبعاع عند الإطلاق فترفع المخالفة كما لو هبها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في اللفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لأن الحلقة والقص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لدولات هذه الأسماء لاجزئيات معانيها إذ لا يصدق معنى الخاتم على القص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقولنا (ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة الغوهمنا كمالا يخفى) قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موضوعا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون القص) أقول فيه شيء وهو أنه قد تقر في كتاب الاقرار أن استثناء القص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فإمعني قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماحة فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فلاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر) (قوله لأنه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينقض بما

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيدا

وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجهما العنى على ما في بطن جاريتي أو عني صم وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فالمرأة لأن ما في البطن قديكون (٤٨٥) متقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على جمل جاريتي وليس لها جمل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي لكون الكفار لمحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودي ببيعة أو نصراني كنيسة في محته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح)

باب وصية الذي

(قوله وإذا صنع يهودي ببيعة أو نصراني كنيسة) أقول فيه نوع مخالفته لما أسلفه في كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل الكفر والقشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس بأي تعليق المعدوم لانه لا يقبل الملك الآن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم واختاره لا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقدتها فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً فكذلك بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذي

قال (وإذا صنع يهودي أو نصراني ببيعة أو كنيسة في محته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عند يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فان الايضاء يجب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ على الحادث بعده أيضاً بد كقيد الابدي في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الآن هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتية (قوله الآن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلاً آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقته به اه (أقول) لا وروى ما توهمه بل هو ساقط جداً فان مبناه أن يكون الخاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية إنما تنصور في الدلالة دون القياس وكون الشئ تاباً بخلاف القياس إنما ينافي في القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الالتحاق به بطريق الدلالة وقد مر مراراً نظائر هذا في الكتاب وشرحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لنا شئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة لا يمتشي على قول أبي حنيفة وإنما يمتشي على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها إنما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لان الكفار لمحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول والظاهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لخلاصهم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني ببيعة أو كنيسة في محته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

إذا وصية هنا واطاها ران عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم لوقال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان معصياً

(ولو أوصى) بذلك أي لو أوصى (٤٨٦) بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جاز من الثلث لأن في الوصية معنى

الاستخلاف والتبليك) والذي ولاية التبليك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظر إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التبليك وإذا صار ملكا للسمين صنعوا به ما شاؤوا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير معينين) يعني قوما غير محددين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطلة لأن هذه الحقيقة) معصية وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولا في حنيفة (أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالحي لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لا تأمرنا أن نستر بهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى فأما في مصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من أحداث ذلك في الأمصار

(قوله يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من

قال (ولو أوصى بذلك لقوم معينين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جاز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير معينين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولا في حنيفة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أئمة كهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصرا في كنيسة في محته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترخيم أما عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا محتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق القف والنشر الغير المرتب والثاني أنه قال أما عنده وقال بعده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر بأحنيقة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانما على الأصل السيد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر بأحنيقة أولا وأضمره ثانيا والثالث أنه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع أنه قال فلا أن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تبليك مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان وإذا صار ملكا للسمين صنعوا ما شاؤوا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قرينة كما سيجي فماذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قرينة في معتقد الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتبليك تصح الكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصي به قرينة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي وأيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عندهما كما تصح فيها إذا أوصى بذلك لقوم غير معينين على ما سياتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتبليك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

ثم

الثلث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا الملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهر ان النظر إلى المعنيين في التجوز هو الصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ولا اعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية وتأويل الابهام وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تنافى عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا وصى بمالين بقربة في معتقدهم فاما اذا لفت ما هو قربة فيه علمت عليها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كأن كرهناه)

يعنى من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو أن الاعتبار عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية معصية (قوله والجهة مشورة) يعنى أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استضافة المسجد وغيره اخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الازام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي

حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا وصى الذي بان تذييع خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسلمين كأن كرهناه والوجه ما بيناه ومنها اذا وصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا وصى بالحب أو بأن يبنى مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعياهم لوقوعه عليها لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا وصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا وصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بغري الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعياهم أو بغياهم لانهم وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا وصى بما لا يكون قربة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا وصى للفتيات والناتحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعياهم فيصح عليك واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا فليتأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لغائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف ببناء على أن الأمر بان تتركهم وما يعتقدون فلا اعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر أننا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط (قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندى أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كأنه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب للكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالزمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهما يصدقان وقوله (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذى بماله كله جاز) قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب

عبارته على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي وجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امر عاقل حتى المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام طرف لا وصى لا لقوله حربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجوز لتباين الدارين ولان الذى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو

وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذى بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الأمان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذى ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الابجليزية ولو أوصى الذى بالكفر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز باعتبار بالسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبار بالارث اذ الكفر كله مله واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

لروال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهما يصدقان اهـ (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شئ أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقاهما (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مررت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممنوع بين الذى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين وتباين الدارين حكما ومنها ما اذا أوصى ذى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهم لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

جواب

أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطاب بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالصحة بالالتزام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لامن حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليأمل (قوله ولان الذى اذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فتردده بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمستان من بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حرييا ولو كان مستانما

باب الوصى وما يملكه

لمافرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكأن الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى إلى رجل) أي جعله وصيا (فقبل الوصى في وجهه) أي بعلمه (وردها في غير وجهه) أي بغير علم الموصى هكذا ذكره في الذخيرة إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الموصى (فليس برده لأن الميت مضى لسبيله) أي الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو واضرار لا يجوز فتردده وطول بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحه بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصى فكان في رده بغير علمه اضرا به فلا يجوز بخلاف الأول لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى ولا ضرر له في ذلك وبشرا إلى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) أي في عينه وبغير علمه

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فتردده بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمستان من بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حرييا ولو كان مستانما

باب الوصى وما يملكه

لمافرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكأن الحاجة إلى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضي الصدر والشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى فاضحان لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضع في الذخيرة الفصل الثاني من وكالته والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضي وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالمصومة من فتاوى فاضحان إلى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرأعبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه عنه أيضا بغير علم الموكل كما في الوصى لأنه يؤدي إلى نفي الموكل بخلاف ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى نفي الموكل وهذا فيما إذا وكله بشرأعبد بغير عينه أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ والبعض أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتممة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لأن المراد بما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه لا بشرأعبد بغير عينه ومما ادَّعى صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف إلى هنا كلام صاحب الغاية وإلى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لأنهم عقدوا في أكثر المعينات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بأعلى حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تعيين بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه فيكون عقدا الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري إن حمل كلام الفقهاء على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولندكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة تردت ولكن هذا إذا علم الموكل بالردوان لم يعلم فلا ترد حتى إن من وكل غائبًا بلغه الخبر فردت الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلًا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

(لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل له جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التمسك والخبرة وأدب القاضي للصمد الشهيد والجامع الصغير للإمام المحمدي وقتاوى قاضيان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراشي في غير عينه وعن هذا قال بعض

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيله بشراشي بعينه وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يعضر من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغيره وأما إذا كان وكيله بشراشي في غير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيرا) يعنى كمن وكل حال حياته فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قيل كان يجب أن لا يكون مخيرا لأنه لما بلغه الايصاء ولم يرد اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرره والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى مغتصب لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما إذا قبل ثم رد في عينه فإنه غار فيبطل

لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه (فان رد هافي وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرو فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيرا فلأنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثه أما التوكيل فإبائه لتبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد يناظر بين العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكيل عندئذ الوكيل بالخصوصة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وصائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيله بشراشي بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء بعينه الخ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم الموكل دفع الغرر والضرر المنهين فإن يجب في الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أو انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه) أقول إنا نل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصور رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى في حياته فان الموصى متى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة فالتصرف الذي يرفعه الموصى إلى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته فلا انتقاض نعم انه يقدر في حياته على الايصاء إلى الآخر يدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم حصه رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله وإذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثه) أقول رد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافه لكنها ليست بخلافه ضرورة كالوراثه بل هي خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد هافي مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فإذا كانت خلافة بتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جسد الا لا يخفى ان اختيار شي وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون انتهى عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي

اختياره وقوله (فلو أنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانه ما عمل الصريح اذا لم يوجد صريح مخالف له لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد يناظر بين العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن أعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون انتهى عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي الواحد فيهما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقاني

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج القاضى حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفران في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للموصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالتواب ودفع الاعلى من الضرر أولى لاحالة وقوله (الان القاضى اذا أخرجه) استثناء من قوله فلهذا ذلك يعنى (٤٩١) أن القاضى اذا أخرجه عنها حين

قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلاف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فتنهم من قال القاضى حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الاعنة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صححت بقبوله كان

للقاضى أن يخرج وجهه ويصح الاخراج فهنا أولى واليه ذهب شمس الاعنة الحلوانى والباقي واضح قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو خ) ومن أوصى الى عبد غيره أو كافر ذمى أو مستأمن أو حربى أو فاسق أخرجه عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد فى الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلا أو معناه سيطل قال الفقيه أبو الليث واليه ذهب القدورى ونظر الاسلام البرزوى وعامة مشايخنا

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فلهذا ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضرر بالميت وضرر الوصى في الايصاء مجبور بالتواب ودفع الاعلى أولى لان القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه ان القاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية في دفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه في دفع الضرر من الجانبين فلهذا انفذ أخرجه فلو قال بعد اخراج القاضى اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية باطل القاضى قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه عن الوصية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد فى الاصل أن الوصية باطلة قبل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية سيطل

الواحد فيهما يكتفى انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن التبعض أى يبينه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضى ذكره في كتاب الوكالة وفى كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذ بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخرج رجلا أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أى خيفة ولا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا بدون التنصع لما تقدم من الكتب (قوله الان القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فلهذا ذلك يعنى أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد قبله فلهذا ذلك بقوله ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد مفهوم المخالفة أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أى لم يصح قبوله والمفهوم معتبر فى الروايات بالاجماع كانصوا عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضى عن الوصاية من قوله فلهذا ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فلهذا ذلك يلزم الاستدراك فى الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي أن يكون قوله هنا الا ان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فى قربه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون هذا الاستثناء دخلا فى حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل كما ان ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيد أن

ان معناه سيطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا اجازت كونه ولكن لما كان محروما عن استيفاء حقوق الميت مظنوننا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يحجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها سيطل باخراج القاضى اياه عنها اما الكافر فقد ذكر فى كتاب القسمة انه لو فاسم شيئا قبل ان يخرج القاضى جاز ثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوفى اليساعات الفاسدة فجاء للقاضى أن يخرج وجهه عن الوصية

(قوله وقوله الان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فلهذا ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعبدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانها بمنزلة الاعازة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الملبث انما اوصى اليه ليعتد في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحماية لترفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٣) (ومن اوصى الى عبده نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا تنقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى ولا يملكه لا تجزأ اذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزؤ في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزؤ كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يسق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه مستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه مستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعده لو المعادة الدينية للباعة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالحيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما للنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن اوصى الى عبده نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان الكبير ان ينعى أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيجوز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يبعد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منعقدة لما أن الرق ينقضيها ولان فيه اثبات الولاية للمالك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تجزؤ أو في اعتبار هذه تجزؤ ثم لانه لا يملك بيع رقبته وهذا تنقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بها (قوله) وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف قال صاحب العناية ولناسق هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقنوري في التقریب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظروا ساقط اذا يلزم من أن يذكروا قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدتهم أن لا يكون قوله مضطرب في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبده غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبده نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله) وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه

والجل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب بما ذكر في شرح الاتقاي وهو أن محمد اذ كرفي الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم يوصى الى الذي قال الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبده غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الأصل واذا اوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولا وقال في الأصل أيضا اذا اوصى المسلم الى ذي أو الى حري مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الأصل ايضا ولو اوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن اوصى الى عبده نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد الغير جارها الا أن يقول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرج له يستقر على الصحة فكان لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقوله بكونه ناظر لهم لان العاقل لا يختار المرفوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار
 كالمكاتب فان الايلاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قوله ما في اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن
 ابن زياد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما
 أوصى اليه خاصة أو نقول بصار اليه أى الى التجزى كى لا يؤدى الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان
 قيل يقضى الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعادل غير كاف وفاسق وزاد المصنف
 العاجز أصلا اذا ظهر للقاضى عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غير رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان القاضى نصب
 ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى
 اليه الوصى ذلك أى عدم الاستبداد بجزمه لا يحجب كذا كرى الكتاب (٤٩٣) ولظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من
 الجانبين أى جانب الموصى
 والوصى يقوم المنصوب
 من جهة القاضى
 بالتصرف فى حوائج الموصى
 والعاجز المعزول بقضاء
 حقوق نفسه واذا كان عدلا
 كافيا فليس للقاضى أن
 يتعرض اليه بالاعراج
 وان شكاه الورثة أو بعضهم
 اليه الا اذا ظهر منه خيانة
 فانه يستبدل به غيره ووجه
 ذلك مذكور فى الكتاب
 قوله (ومن أوصى الى
 اثنين الخ) روى عن أبى
 القاسم الصغار أنه قال
 هذا الخلاف بينهم فيما
 اذا أوصى اليهما جميعا معا
 بعقد واحد فأما اذا أوصى
 الى كل واحد منهما بعقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبى
 حنيفة أو نقول بصار اليه كى لا يؤدى الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضى غيره) رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان تكميل
 النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر برعاية غيره ولو شك اليه
 الوصى ذلك لا يحجب حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيا على نفسه واذا ظهر
 عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينافسه
 ليس للقاضى أن يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختارا للميت ومريضه فابقاؤه أولى ولهذا
 قدم على أب الميت مع وفور شفقه فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى
 الى القاضى فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا
 ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فانت ولو كان فى الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه
 ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبى
 حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة تبين ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل
 واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيحقق المنع والمنافاة واجب بأنه اذا ثبت الايلاء اليه لم يبق للقاضى ولاية البيع كذا السؤال
 والجواب فى أكثر الشروح وعزاها فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث
 لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضى موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التى نحن
 فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبى حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة
 على المطلوب لا محالة فالحق فى الجواب عن السؤال المذكور مانعه صاحب الغاية عن شرح
 الاقطع حيث قال وأورد فى شرح الاقطع سؤال الجواب فقال فان قيل اذا كانا وصيا فالقاضى بلى
 على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضى على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه بلى على الارحام

على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلا منهما
 على الانفراد وحكى عن أبى بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل فى المبسوط هذا الاصح
 لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحيث ثبتت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال
 الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كتبها لاختلف أقوال العلماء فيها قد كرى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول
 الهبة وجميع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بخمس حقه وشراء ما لا بد لصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد وورد الغصب
 والوديعة والخضومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضيان ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر
 فيها ايضا جميع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كى لا يزداد ما نص
 عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فثبت لكل منهما كلاً كولاية الانكاح والاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتاً للوصي وقد كان وصف الكمال ولان اختيار الاب اهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضى الموصي الاب بالثني وليس الواحد كلثني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالت به بالنكاحهما من كفؤ بخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيراً في التصرف ففي الاول أو في حقها على صاحبة فصع وفي الثاني استوفى حقها لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليه ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبداً وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها فقال (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا اذ لكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعاً وعراً (وررد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا نظير بحسب حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصي لتعقها من غير من أوصى اليه وذ كرروا الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناء القدر في مختصره بقوله (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعق عبده بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدر في الاستثناء عليها في مختصره واقتنى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناء في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات للمسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاد المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المثل قوله وهي ما استثناء في الكتاب أي في مختصر القدر كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى أنه يراد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليه المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء لكفن والتجهيز واحداً كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر ومازاده اثنين والافى أربعة عشر ومازاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة بما زاد المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاد اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاد ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين واحد فكيف يمكن أن يكون المجموع زيادة الاثنين أحد عشر وزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون زيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعق عبده بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيهما متعذر ولهذا ينفسر بها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة القوات ولانه يملكه الاموال في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية القوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانته ما جعلا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجرانتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدورى في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفت مما بيناه فيما مر آنفاً اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق اللاحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكلف بارد بل تصف فاسد اذا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدة دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حينئذيين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام الزيدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملاً

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهم ما على الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فان مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحي) ظاهر وقوله (والى الجد في النفس) يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص اليه فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافه يجعل الأول قائما حكما والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان للوصى ولاية في التركيبين أى في تركه نفسه سماء تركه باعتبار ما يؤل اليه وتركه موصيه أما في تركه فباعتبار انه ملكه وأما في تركه موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى المولى بأن يوكل وكيله

ولانه في معنى المبادلة لاسماعتدا باختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قبل بنفرد كل واحد منهم بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد في مرضى رأى الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحى منه ما وان كان يقدر على التصرف فالوصى فسد أن يخلفه متصرفا في حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فلهى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حيا رأى من يخلفه وعن أبي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ماضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه رأى المثنى كما رضى المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو موصيه في تركه وتركه الميت الاول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصيا في تركه الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضى رأيه لا رأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التي كانت نابتة للوصى تنتقل الى الوصى في المال والى الجد في النفس ثم الجسد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اهمية غير مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركيبين فينزل الثاني منزله فيهما ولا تملك الاستعانة به في ذلك مع علمه أنه قد تغيره المنية قبل تنهيه مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطله) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به وبصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فبحث قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديده ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى بتدريجهم (قوله ولانه في معنى المبادلة لاسماعتدا باختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

غيره أو يوصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية نائباً فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للوصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصى ما أقره كان

له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا ما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لان أنواع بيع وجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما ما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أى فيما اشترأ المورث (ويرد عليه) أى فيما باعه المورث وبصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية ثمن ثم استولدها الوارث ثم استحققت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه بدون بائع لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره

(وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كالموتعدى على المال واستهلكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أمالوسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحصة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى ألفا ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرق في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرق ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرق ألف الاولي بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغرور بأمر الوصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الوصى له شريك الوارث فيتموى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الوصى له فضاع رجع الوصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغفرا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا يوصف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لغوات محلها ولا يحنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما الجانبين وإذا كان أحدهما مقتضا كان الآخر قاضيا البتة فلزم أن يكون القضاء باضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (وقوله غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أمالوسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لأن مقتضى تحريره أن يثبت للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أفرز للورثة اليهم على الإطلاق أي سواء كان ماسلمه اليهم باقيا في أيديهم أم هالكًا وليس المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم لم كان الوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكًا كان الوصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى إلى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شيئا لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه إلى هذا أشار الامام المحبوبي إلى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الوصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الوصى له في يد الوصى أيضا فما هلك في يد الورثة من حصة الوصى له فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة أي قاسم الوصى الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكورين ما وقتني أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدر كالمحض كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع إلى الوصى فيثبت بانتظام المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لأن الوصى غير

(٦٣ - نكمله نأمن) (قوله وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقه لأنه لا يندفع بآدنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لأن القسمة فيه تميز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاً ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذلك قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله إشارة إلى ذلك فأنها بما يوزن وقوله (وإذا باع الوصي عبداً من التركة) ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأنون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقاً في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع إبطال حق

(٤٩٨)

الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بل يكون محققاً لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني إذا باع بمنزلة قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باستحقاق العبدتين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للوصي ولا للورثة وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية

إذا هلك قبل القسمة فبج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كعلا كه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفقها للورثة إلى القاضي فقسها أو الموصى له غائب فقسه جائز) لأن الوصية صحيحة ولهذا الوصية الموصى له قبل القبول نصير الوصية ميراثاً للورثة والقاضي نصب ناظر الأسما في حق المولى والغيب ومن النظر أفرار نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذلك إذا أتوا من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل بالمالية لقواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المدين لأن الغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فباعه في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ماضى يبذل الثمن للإسلام له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية وأخذ حكمه هو عمل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحاشى عن تقلده هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقدم في كتاب القضاء

ملزم بشئ إذا الرجوع عن الوصية رأساً فلا يلزم من عدم لزوم شئ لهذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشئ فإن الموصي وإن لم يكن ملزماً بشئ في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته التبعة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه مالا ليح عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل مالا ليح عنه ففسق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

تفد من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقدم في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء الخ

(قال المصنف لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البرذوي وذكر في المغرب وقولهم عهده على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ) أي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا لبيت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير وجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقر يتبع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في المسألة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصي مال اليتيم على قيمته من (٤٩٩) أحجني فانه جائز على ما يجيء

والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي بملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما المحاولة فليست كذلك بل موازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد يرجع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لا بتفاض القيمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خبر اليتيم جاز) وهو أن يكون أملاً اذا لولاه نظرية وان كان الأول أملاً لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا ينظر في العين الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحريز عنه في اعتباره انسداد بابيه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فلا الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً في تقييد موضوع النظر وعندهما لا يعلو كونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك جلاله على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهراً قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ الا في العقار) لان الاب يلبى ما سواه ولا يليه فكذا وصية فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شئ في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فلا الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي تصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فلا الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فلا الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد اذا لا شك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فلا الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فلا الحجر الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن في حق العبد المأذون فلا الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذوناً صراحة الا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداه بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فلا الحجر واستقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فلا الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود في تهمته شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركه الميت (قوله لان الاذن فلا الحجر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على المبتدين لا وفعاله الامن عن العقار أو يكون الصغير حاجة لثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حاضرا ليس الوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصي وصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذ الوصية من ماله ثم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو بمقدار الدين ان لم يحيط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلى ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذ لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لما قال في منع بيع الزيادة ان جوازها للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائدة فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تجبر أفتى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم والوصي ولاية ذلك في نصب

(٥٠٠)

الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لمافيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بعفوهه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين وصية فله وصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصص الصغار من العقار وأما بيع حصص الكبار منه فله - الى الخلاف الذي

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو علك الحفظ أما العقار فخص بنفسه قال (ولا يجبر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي المم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلى ماسواه وينقص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصيص عن التناقض ليس يتام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السابق والسابق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا يناقض ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصيص عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية

قال

مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصص الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصص الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يجبر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلو وصيها يبيع المنقول دون العقار لانه ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذ لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كالا ولاية للام على الصغير في المال فكذا الا ولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلى ماسواه وينقص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يليه

قال (والوصي أحق بعمل الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكأن ولاية قائمه معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار الوصي مع علمه بقيام الجسد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيته من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجسد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصى الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطله) لانهم ماتهمان فيها لانباتهم ماعينا لانفسهما قال (الا أن يدعيا المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقرير هذا المثل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كالأب على الكبرير الحاضر الآن لما كان فيه حفظ ماله جازا استحسانا فاما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ماله يسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

فصل الشهادة في الوصية قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا محتصا بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتنى أثره صاحب العناية بقلعه أنه أقول ليس ذلك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً محتصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليه ما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتنى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي أما السؤال فلا انحالة أصلاً فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما عدا ذلك واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الاخر فله أيضاً أن يضم اليهما الاخر كما صرح به في كثير من المعتمرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليه ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بعمل الصغير من الجسد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً محتصاً بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليه ما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر لانهما يجيران الى
معطوف على المستثنى
منه وهو قوله فالشهادة
باطلة وقوله (وكذا الوشهاد
يعني الوصيين الخ) واضح
وقوله (واذا شهد رجلان
لرجلين) جنس هذه المسائل
أربعة أوجه الأول

ما اختلفوا فيه وهو الشهادة
بالدين والثاني ما اتفقوا على
عدم جوازه وهو الشهادة
بالوصية بجزء شائع من
التركة كالشهادة بالف
مرسلة أو بثلاث المال
والثالث ما اتفقوا على جوازه
وهو أن يشهدا لرجلين
بجارية ويشهد المشهود
لهم بالشاهدين بوصية عبد
والرابع وهو المذكور
في الكتاب آخره وأن
يشهدا لرجلين بعين ويشهد
المشهود لهما بالشاهدين
بألف مرسلة أو بثلاث المال
ومبنى ذلك كله على تهمة
الشركة لما ثبتت فيه
التهمة لا تقبل فيه الشهادة
وهو الثاني والرابع ومالم
ثبتت فيه التهمة قبلت
كالثالث على ما ذكر في
الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى
منه وهو قوله والشهادة
باطلة) أقول يعني أنه
معطوف عليه بعد تقييده
بالشرط كما قيل في عطف
قوله تعالى ولا يستأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر لانهما يجيران الى
أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت
أو غيره فشهدا بباطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به قال (وان
شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ن كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقال
ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة
كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث
وتحقت التهمة

مطلقاً وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص
عليه في عامة المعبرات منها التبين فانه قال فيه فاذا رتب شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن
شهادتهما اقراراً منهما بوصى آخر معهما الميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتكفلان من التصرف بعد
ذلك بدونه فصارت في حقهما عزيمة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة
قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفاً فيسقط
بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه
قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا
من قال ما ذكر أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث
ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر فانه لم يتحدث فيه خلافاً وان صدقهما
وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما الثالث بخلاف ما لو قبل ثم أي فانه لا يعمل رده وابطأه الى هنا لفظ
المحيط وأما الجواب فلان قيام ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك
هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضاً القاضي يحتاج هناك الى نصب
الوصى وهنا لا يحتاج اليه في زعم المحجب فأين هذا من ذلك وبجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما
لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى
أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لأن شهادة
المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وإيجابه لا في إسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما
تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في
الاثبات كالاتحجاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح
عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصى اذا كان طالباً بالموت
معرّوفاً فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة
ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة
فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله
وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه أقول تفسير المصنف قوله
وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر بقتضى أيضاً بظاهره أن
يكون قوله وكذلك الابنان معطوفاً على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان
الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط
دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع جهة المعنى في الثاني أيضاً ويزيد في الافادة اذ يصير المعنى ان ذلك
وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهد به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

بمخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بعن
ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخلفاء مع أبي يوسف
وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شئ فلا
شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواستوفي أحدهما حقه من التركة بشاركه الا تخريفه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجزائره وشهد المشهود
لهما أن الميت أوصى الشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه
أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهدا الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة
شهادة الاثنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا
جعل قوله وكذلك الابن معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة
شهادة الابن متروكة البيان في الكتاب الكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف
على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز
شهادتهم ما لو ارت صغير أيضا في غير تركة الميت عند أبي حنيفة لجرأه بعينه هناك أيضا مع أن عدم
جواز شهادتهم ما لو ارت صغير بشئ من تركة الميت وغيرها متفق عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتأمل
في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه
المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بحجزة شائع من التركة كالشهادة بالف مسألة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجزائره وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع
وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهدا لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مسألة
أو بثلث المال وبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كافي النال على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد
بالوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانها ما اتفقوا على عدم
جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وماعده وجهها ريعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة
فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجه واحد اعلى أن
قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد
كون مراده بالوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مرادها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبوا أيضا الى كون الوجه في جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما
لا ينافي كون المراد بالوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما يناقيه تقرير

وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك
أيضا فوجه القبول وهو
الذي ثبت عليه الامام محمد
ولم يطرأ أن الدين يجب في
الذمة وهي قابلة لحقوق
شئ فلا شركة ولهذا لو تبرع
أجنبي بقضاء دين أحدهما
ليس للأخر حق المشاركة
وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لغراب الذمة
به ولهذا الواستوفي أحدهما
حقه من التركة شاركه
الا تخريفه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت
التهمة بخلاف حال حياة
المدين لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا
تتحقق الشركة

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال (واذا كان للولد فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾

لما فرغ من بيان أحكام
من غلب وجوده ذكر
أحكام من هو نادر الوجود
ذكر في المغرب أن تركب
الخنث بدل على لين وتكسر
ومنه الخنث وتخت في
كلامه فان قيل الفصل انما
يذكر لقطع شيء من شيء آخر
باعتبار نوع مغايرة بينهما
وهنا لم يتقدم شيء فما
وجه ذكر الفصل قلت
كلامه في قوة أن يقال
هذا الكتاب فيه فصلان
فصل في بيان الخنثى وفصل
في أحكامه وما ذكر
فانما هو في وقوعه في
التفصيل لافي الاجال
(قال واذا كان الخنثى أي
قال القدوري اذا كان للولد
فرج وذكر فهو خنثى
والتظاهر أن الواو الواقعة
في أول الكلام للاستئناف
وكلامه ظاهر

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آقي النساء والرجال شرع في بيان
أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاعلم
وهذا كالتأدي فيه انتهى أقول فيه بحث أما أول فلان ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس
بمخصوص عن له آلة واحدة بل بعم من له آلة واحدة ومن له آتان ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب
الوصايا مشلا جارية بأمرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها
أو جملها فإما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آتان وأما
ثاني فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آتان ليس بتمام إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع
الفصل الاول لبيانته والفصل الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في
هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آتان لافي بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل
الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل
فما معنى تخصيص الشروع بالتاني في قوله شرع في بيان حكم من له آتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل
وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول
يتجه عليه أيضا ما ذكرناه آتفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان
آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل وإما آلة الأنثى
واجتماع الاثنين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا
ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيد الاقوله وقلة الاحتياج
الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان
موقوفاه على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وان
ندر وجوده في الأزمان

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال صاحب العناية فان قبل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار

وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الالتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرضا أن المنفعة الأصلية للالة كونها مابلا فإذا بال من أحدهما عرف أن الالة التي هي للفصل في حقه هذه والاخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهرا وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء أو تعارضت الاملامات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لاشكال بعد البلوغ الا اذا ريد به الغالب

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشككة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنينه والأصل هو الذكركلان حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره

غلام وان كان يقول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يوزن فقال من حيث يقول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي (وان كان في السابق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أي خبيلة وقال ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان لاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيسترجع بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له حية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كاحتلم الرجل أو كان له ندى مستولان هذين من علامات الذكركان (ولو ظهر له ندى كشدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذين من علامات النساء (وان لم يظهر احدي هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في أحكامه قال رضي الله عنه الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثوث في أمور الدين وأن لا يحكم بشيئ من حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتنفسد صلاته

فوع مغايرة بينهما وهنالم يتقدم شيء فواجه ذكر الفصل فلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فاما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عرفت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكركر بعده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فنامل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله وهنالم يتقدم شيء فواجه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا لتحقيق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كالأبختي والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكركر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر في اللغة ولا في العرف والالزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعده ولم يذكركر بعده فصل آخر قطعاً وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

فصل في أحكامه أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدي العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتنفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليق نوع خلل لان قوله ولا

اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى لأن المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلا وهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخشني اذا كان مراهما فلا اعادة عليه وان أنفسها فان كان بالغاً فلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكراً وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه تجنب احتياط فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهما فلا اعادة مستحبة تخلفاً واعتياداً وما اذا كان بالغاً فلا اعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادته من على عينه وبساره وخلفه وبجذائه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم وقوله (وأحب البنات أن يصلي بقناع) يعني اذا كان مراهما وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعني اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فلا اعادة واجبة وقوله (لانه يباح له لو كره النظر اليه

(فان قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاة تامة ويعيد الذي عن عينه وعن يساره والذي خلفه بمحذاته صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب البنات أن يصلي بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزاء (وتباعد أمة تحتنه ان كان له مال) لانه يباح له لو كره النظر اليه

النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة إلا لتأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال أنه امرأة بما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الشبهة فغير تحريراً بالمنصف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لأن المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلهنهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم أيضاً فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنهم وهو أن قوله فاحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخشني المشكل مراهما فان الاعادة مستحبة في حقه تخلفاً واعتياداً وأما اذا كان بالغاً فلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان انثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار في الرجلان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله وتباعد أمة تحتنه ان كان له مال لانه يباح له لو كره النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لأن الامه لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً لانه ذكر في استحباب المبسوط أن للامه أن تنظر الى مولاتها كالأجنبيات فعلم بهذا أنه لا تأثير للآث في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هنا ما ذكر في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للعتق فانه يملكها الخشني ثم ان كان

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظرا لأنه وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامه لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى مالها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أحق منه الى خلاف الجنس فليس للثلاث تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلوزوجه المولى امرأه بغير يسر أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد الم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأه فهذا نظر الجنس الى الجنس ولنكاح لغروان كان ذلك رافعا ونظر المنكوحه الى زوجها (٥٠٧) وقوله ويكرهه في حياته ليس

الحرير) قيل لا فائدة لقوله
حياته فانه لا لبس بعد
المسوت وانما هو باللبس
فكان معناه مفهوما من
قوله لبس وهو مناقشة
سهلة لانه ليس كل ما يدكر
في السرايب يكون قيدا
للإخراج لجواز أن يكون
بعضها بيانا للواقع وانما
كره ذلك لأن لبس الحرير
حرام على الرجال دون النساء
وحاله لم يتبين بعد فبوخذ
بالاحتياط فان الاحتجاب
عن الحرام فرض والاقدام
على المباح مباح فيكره
اللبس حذرا عن الوقوع في
الحرام وقوله (وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام
النساء) يعني اذا كان
مراهاقا والمراد بالانكشاف
هو أن يكون في ازار واحد
لا ابداء موضع العورة لان
ذلك لا يحل لغير الانثى أيضا
وهذه المسئلة تدل على أن
نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى ذوات محارمه
لا كنظر الرجل الى الرجل
لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجازله التكشف للنساء في ازار واحد

رجلا كان أو امرأة ويكره أن يخطئه رجل لانه عساه أنثى أو يخطئه امرأة لانه لعل رجل فكان الاحتياط
فما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاعه الامام أمة من بيت المال) لانه أعد لنوائب المسلمين (فاذا اختنته
بأعماها وردت في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام النساء)

الخنثى ذكرنا هذا نظر المملوكة الى مال كها وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح
حالة العذر فعملهم هذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس الى
الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للثلاث تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى
هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه
نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا أوأصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل
النظر اليه ندأ به المرأة وكذا نظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فادأ جازا النظر بالعذر فاقامة
السنة أيضا عذر جازلها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظر مساقط انبشتر في جواز النظر بالعذر الى
موضع العور من الامه المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للثلاث تأثير في اباحة نظر المملوكة
الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر
لأحالة بتأثير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحة النظر الى سيدتها فإفرد عليه ما قاله صاحب
النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم
صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة النظر الى ذكراه ان كان رجلا
(قوله ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة
فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد
ذلك اللباس لألبس والكراهة بعد الموت لللبس لا للثلاث وقد ائقني أثره صاحب الكفاية ومعراج
الغزاية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يدكر في السرايب
يكون قيد للإخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشي لان حاصل
دخول صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لأفائدة قبيحة هنالاقها معناه عماد كرفيما قبله
وما بعده ولا ذهب عليه أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكراه اذا كان
الواقع ميبنا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن
المصنف تسع في ذلك لفظ المسوط وانما وقع في لفظ المسوط ذلك لانه ذكره هذه المسئلة بعد ذكر
تكفين الخنثى اذا بات فكان ذكر الحياة هنالك لتبيين المقابلة لا للتقيد انتهى (قوله وأن يتكشف قدام
الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظرا الى قوله فليس للثلاث تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقدم تفصيله في كتاب
الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يحجب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة
اباحة النظر لسيدتها مطلقا وليست ضرورة فيئند يدفع الاشكال بالكلية (قوله يعني اذا كان مراهاقا الى قوله لان ذلك لا يحل
لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فافعله لا توصف بالحلل والحرمه

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) أقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان نالتهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظر إلى حاله وقوله (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتبه حاله وعدم المرحم وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان الخنث لا يثبت بالشد وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمحمل) يعني أنه في الواقع ليس بمحمل عن أحد الخالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضية الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يثبت به) وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان لنظر إلى العورة حرام والحرمه لم تنكشف بالموت

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) بوقاي عن احتمال المحرم (وان أحرم وقدر اهو قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذلك كرايكرمه ليس الخيط وان كان أنني يكرمه تركه (وقال محمد ليس لباس المرأة) لان تركه ليس الخيط وهو امرأة أحسن من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الخنث لا يثبت بالشد (ولو قال كل عبد لي حراً وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يقع حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال بالقولين جميعا عتق) للثبوت باحد الوصفين لانه ليس بمحمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمه وبیم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مرأها غسلا رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لانه ان كان أنني يقيم واجبا وان كان ذكراً فالتسجيه لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل معاً إلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

الذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لانلو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كانه نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا بنام عندي ادعى تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضاً بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى الذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلاً عن كتاب الخنثى من الاصل ادعى هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلاً كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل لا كنظر الرجل إلى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى الذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الذوات محارمه كما ذكره المصنف في كتاب الكراهية وفي هذا التعليق نظر لانه انما مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) فان صاحب الغاية وفي هذا التعليق نظر لانه انما

الآن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلاجل الضرورة أيج نظر الجنس عند الغسل والمراهم كالبالغ في وجوب شعورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيم بالصيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييم بالصعيد مع الخرقه ان ييم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحم محرم من الميت وينظر الميم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأه ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للثتان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشرع غير مفيد بخلاف الشراء للثتان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيم أقوله (وضع الرجل معاً إلى الامام والخنثى خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال المات والاصل فيه قوله صلى الله

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثى خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل إلى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب إليه أولى وقد جاع في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم (قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا إلى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أولم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاني وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا إليه فافهم

أخذ القرآن جانب القيلة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه الحفة مشتبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائز وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولومات أبوه وخلف ابنا) اعلم ان الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي في عدم فسرته على وجهه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسرته على وجهه ولم يأخذ به وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو نفسه يريد محمد أن يجعل على اثني عشر وأخذ به وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات أبو الخثي وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة وللأبن سهمان وللخثي سهم وهو أنثى عنده في الميراث الآن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات المذكور بلا معارض (٥٠٩) فينبغي اعتبار ذكر أوقالا للخثي نصف ميراث

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والتوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للأبن سبعة وللخثي خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخثي ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخثي يستحق ثلاثة الأرباع لان الخثي في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخثي) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الى) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كالكفن الجارية وهو أحب الى) يعنى يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للأبن سهمان وللخثي سهم وهو أنثى عنده في الميراث الآن يتبين غير ذلك) وقال الخثي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للأبن سبعة وللخثي خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخثي ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخثي ثلاثة الأرباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضر بثلاثة وذلك يضر بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخثي لو كان ذكرا يكون المال بينهما منصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلاث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخثي سهمان والأبن أربعة فسهما للخثي اثنتان يبقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخثي خمسة وللأبن سبعة ولا يخيصة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد وبديل عليه أيضا قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فالخثي ثلاثة وللأبن أربعة ولمحمد أن الخثي لو كان ذكرا كان المال بينهما منصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخثي وأربعة للأبن فسهما للخثي اثنتان يبقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخثي خمسة وللأبن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقسيم نصيبه ومذهب السهم محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهم وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما ما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم تضرب بحصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخثي منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب بحصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة والخثي منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التقاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جسد الدين (ولا يخيصة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا يمتنع منهما محلول واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على التيقن

(و الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لقائل على دراهم يحكمه بالتلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد ليكون الأول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهة له وقعت في القسمة بقاء فلا يمنع الوجوب لاننا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه المذكورة والألوة ولائى منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله (الأن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكركر لان المال ابتداء لا يجب بالذكركر لأن نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون (٥٩٠) زواوا أو أختا لآب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أختى كآب للزوج النصف

واللام الثلث والخنثى النصف والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأنبأنا المتيقن قصر اعليه لان المال لا يجب بالذكركر وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالتيقن كذا هذا لأن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما واختا لآب وأم هي خنثى في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون الاولي للزوج النصف واللام الثلث والباقى للخنثى وفي الثانية للزوجة الربع وللأخوين لآب والثلث والباقى للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان تخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما إذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكك حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم انه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها خنثى تحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتقى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فناء معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكركر لان المال ابتداء لا يجب بالذكركر لأن نصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضى أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصر اعليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

واللام الثلث والخنثى النصف والمسئلة من ستة وتقول الى ثمانية وان قدرناه ذكرًا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرًا واذا ترك امرأتين وأخوين لآب وأختا لآب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخياث الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى ترك النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتقول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاث عشر وان قدرناه ذكرًا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرًا ولو ماتت وترك زوجا واختا لآب وأم وخنثى لآب كان للزوج النصف وللأخت لآب وأم النصف ولائى للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو

مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى بمن يتوهم استبانة أمره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لما راجع الى الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى مازجه الا في الثلث فبقي ما ورا ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيل في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما يجوز أو خفيفة هنالك الجهور وههنا انما يأخذ الكفيل للعلوم وهو طر يق مستقيم يصون به القاضي قضاءه ويظهر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخفي فبأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخفي ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالقبول من سالم لابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخفي والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن تبين أمره لان المستحق لهذا السدس من منما يجوز فوقه الى أن تبين (٥١١) المستحق كافي الحمل والمفقود والله اعلم

مسائل شتى

قال (واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو المجزؤ قد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحي والموحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لا يصحنا سار جهنم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الآخر دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة فالوا هو بمنزلة الآخر ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا ينفاسان وفي الآية عرفناه بالنص قال (واذا كان الآخر يكتب كتابا أو يوصي إيماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشرائه ويقتض له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلا نهان أي بمنزلة الخطاب عن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب المجزؤ هو في حق الآخر أظهر وألزم

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل استندرا كالفائت ويرجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل المصنف ههنا أيضا كذلك جرى على عادتهم (قوله وإذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال لشراف واعتماد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجي عن الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره القرطبي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بأنه يجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخر فالوا وعليه

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منشورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار) يشير إلى أن ما يجي من الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره القرطبي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بأنه يجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخر فالوا وعليه

الفتوى وقوله (في الآية عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بهرام بن ابل الصدقات نذر فرماه رجل وسمى فقته فقال عليه السلام ان لها أواذ كأواذ الوحش فإذا فعلت شأمن ذلك فافعلوا بها كما فعلتم به ذاتم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الآخر (إذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له) اذا كان مقذوفا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الآخر) أظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخر عدم زوال خروسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلا يقبل في حق الآخر مع اليأس عن زوال الآخر أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ثلاث مراتب مستبين)
احتراز عن غير المستبين
وهو الكتاب على الهواء
واما مرسوم أى معنون أى
مصدر بالعنوان وهو أن
يكتب في صدره من فلان
الى فلان وبما ذكرنا علم
الاقسام الثلاثة والحكم
في كل منها ما ذكره وقوله
(وينتوي فيه) أى يطلب
منه التنية فيه وقوله (لانه
بمنزلة صريح الكناية) أى
الكناية القولية كقوله
أنت بأتى وأمثاله وقوله
(ولا تختص بلفظ دون لفظ)
فانه كما ثبت بالعربي ثبت
بغيره (وقد ثبت بغير
لفظ) أى بفعل يدل
على القول كالتعاطي
وقوله (ويحتمل أن يكون
الجواب هنا كذلك) أى
لا يكون حجة (فيكون فيها)
أى في الاخرى والغائب
الغير الاخرى روايتان
(قال المصنف ثم الفرق
بين الحدود والقصاص الى
قوله لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابرا
بخاز أن يثبت مع الشبهة
كسائر المعاوضات) أقول
وقد صرح في أوائل
الجنابيات أن الشبهة
تؤثر في سقوط
القصاص
ثم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الانجبار وينتوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا
يدمن التنية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم
وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرى في حق هذه الاحكام للعاجلة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود
لانها حق الله تعالى ولانهم اتندري بالشبهات ولعله كان مصداقا لافان فلا يحسد الشبهة ولا يحد أيضا
بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت
بيان فيه شبهة الا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل
الطلاق أو أقر بطلاق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابر اجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الحالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذ كر
في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب
هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرى حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود وهذا
الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على
كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينه مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر
على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة
في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيه أيضا فليست أملا في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق
الاخرى في حق هذه الاحكام للعاجلة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه
الاحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو
حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط في الشهادة على عتق
الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطبة وحر في الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدین
من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا لتعلق
حق الزوجين به بخاز أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق
العبد في شيء لا يكتفي في كون اشارة الاخرى حجة فيه ألا ترى أن اشارة لا تكون حجة في حق حد القذف
مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارة حجة
من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص
لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه
وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة
عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط
في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقدوف ولا يجوز
الاعتياض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر في الحد ودقنا ذلك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت
الطلاق لو كان حق العبد فيه غالب على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابر اجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الحالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه
يبحث أما أولا فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة يخالف لما صرح به فيما مر

ويحتمل أن يكون مفارقة لذلك لأنه يمكن الوصول الى النطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق
ولا كذلك الاخر لتعذر الوصول الى النطق للاقفة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان
كان قادر على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رجهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة
لأنه حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بين ما يقال أشارا وكتب وانما استويا لأن كل واحد منهما
حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما
انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوما ويومين لعارض) لما بينا
في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي
حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيناق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في
الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري
بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط
بالشبهة ولا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز
الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بإفائها واستيفائها في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح
باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تدرى بالشبهات وشبهة العفو بابتة حال غيبته ومنها كتاب
الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فحدد استخلف بالاجماع ثم انكسر عن
اليمين فيما دون النفس بلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لم يزمه الارش فيه ما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص
ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة
بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثير من مسائل سقوط القصاص بتحقيق
نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما نائيا فلا نقييد
الخاصة في قوله أما الحدود والخاصة لله تعالى فشرعت زواج مستدرك بل محل هنا فان حد القذف غير
خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا
تكون اشارة الاخر حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد
المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادر على الكتابة الى قوله لأنه جمع هنا
بين ما يقال أشارا وكتب) قال صاحب الغاية ولنساق في دعوى الجمع بينهما منظر لأنه قال في الجامع الصغير
واذا كان الاخر يكتب أو يروي وكلمة أو لا أحد الشئين لا للجمع على أنه قول قال في الأصل وان كان
الأخر لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائعه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة
رواية الأصل أن الاشارة من الاخر لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم اشارة الاخر بشرط
أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره سابق جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما
في كل ما دمن مواد اعلام الاخر بل مراده الجمع بينهما في جوار اعلام الاخر مراده بأي واحد
منهما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا اتى الاخر بأي واحد
منهما على انفراد يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أي يقبل ويعمل به بموجب
قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوة التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ
أيضا لان مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخر ومعنى
قوله لأنه جمع ههنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لأنه) أي الاشارة
على تأويل المذكور وقوله
(لأنه) أي محمدا (جمع هنا)
أي في الكتاب (بينهما)
بقوله يكتب كتابا أو يروي
أيما وقوله (وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في
الاشارة) لان فضل البيان
في الكتابة معلوم حسا وعيانا
حيث يفهم منه المقصود
بلا شبهة بخلاف الاشارة
فان فيها نوع ابهام (وفي
الاشارة زيادة أثر لم يوجد
في الكتابة لأنه) أي الاشارة
(أقرب الى النطق من آثار
الاقلام) لان العلم بالكتابة
انما يحصل بآثار الاقلام
وهي منفصلة عن آثار
المتكلم وأما العلم بالحاصل
بالاشارة فحاصل مجاهو
متصل بالمتكلم وهو اشارته
بيده أو رأسه والمتصل
بالمشكك أقرب اليه من
المنفصل عنه فكان أولى
بالاعتبار وقوله (وكذا الذي
صحت يوما أو يومين) عطف
على قوله ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه أي
لا يجوز اقراره بأن أو بأمره
أي نعم أو كتب

قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتل أن تكون ذكبة أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكبة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز إلا كل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضروري فلا يصر إليه من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لأنه جمع هنا بين ما أي جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسئلة الأصل إلى أن إشارة الآخر لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الأمر أن يكون في المسئلة روايتان ومثله ذلك كثير فإن قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الأصل فمما عني نسبة التوهم إليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أي في رواية ما واثق أن نقول يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل (قوله وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذ من النهاية طوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا ورُبْعُه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجتماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا شبهة شيء ولا الجواب عندي أما الأول فلأن تجوز التحرى فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطراب بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وأما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا تنوجه المماثلة بالفرق بين المسائلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثاني فلأن ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذا ذك ذلك إنما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها أو كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين نيتك المستثنين

وقوله (وإذا كانت الغنم مذبوحة الخ) طاهر وطوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرهما لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا ورُبْعُه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجتماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا شبهة شيء ولا الجواب عندي أما الأول فلأن تجوز التحرى فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطراب بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وأما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا تنوجه المماثلة بالفرق بين المسائلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثاني فلأن ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذا ذك ذلك إنما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها أو كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين نيتك المستثنين

لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه

فسقط اعتبار مدفع المخرج كقليل التجاسة وقليل

الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين

أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة

فيه والله أعلم بالصواب واليه

الرجع والمآب

نم

كلها نجسة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاقرب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عربا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس يقيم فلائح يجوز
بالقصر حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداياه

الفتحه مع توزع الخاطر وقشت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من

التصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه

من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتينا في الدنيا حسنة

وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا فاغفر

لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا

وتوفنا مع الأبرار وصلى الله

على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه

والانصار

نم

يقول المتوسل بجاء المصطفى الفقيه إلى الله تعالى محمود مصطفى خادم

التصحيح بدار الطباعة العامرة ببولاق مصر القاهرة

الحمد لله الذي وفقه في دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا وخطه بعين العناية وأجل له من فضله مثوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح الطرائق سيدنا محمد الذي فتح له القدير من الممدن والقري والبوادي كل عسير وعلى آله وأصحابه الباذلين مهجهم في نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع الكتب الجليلة الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غرر الأحكام الشرعية والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله وجعل منقلبته فسح الجنان وهي الهداية وشروحها التي تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيل جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجر في الكتب العربية بمصر القاهرة المعزية لازال ظافرا بالاماني رافلين في حلل التاني في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد الطلعة المهيبة البهية من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام المحفوظ بالسبع الثاني أفندي ناعمان باشا حلي الثاني لازال مسرورا للفؤاد بولي عهده شمس سماء مجده وسعده مطوظا هذا الطبع الباهي والروني الجليل الزاهي بنظر من عليه جيل أخلاقه بنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان تمام طبعه وانجلاء بده وكال ينعه بالمطبعة العامرة ببولاق الطائر صيتها في سائر الأفاق في أوائل شهر رمضان من عام ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكل وصف عليه أفضل الصلاة وآتم السلام ملاح بدر تمام وفاح مسك ختام

وقرطه مؤرخا لتمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الارب

الشيخ طه محمود أحد فضلاء المحققين فقال

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي خص بمزيد العناية من فقههم في الدين وجعل بأيديهم فتح أبواب الهداية للمستفيدين والصلاة والسلام على أبي ابراهيم المبعوث به آية ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم في حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذي هو أحق مطبوع بأن تشذبه

الرجال وأحسن مجموع تنتهي بتحصيله الآمال وكيف لا ومارأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه في الجملة أكرم به مجموعا مفردا وكتبا جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعقول عليها والاصول المرجوع اليها في مذهب هذا الامام العظيم أي حنيفة النعمان بؤاء الله دار النعيم ما يغني الفقيه عن ملء الخزانة وشحن السفائن وما يكون للفتى ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضي شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فاني * أنا الصالح المحكي والآخرا الصدى
فهو لعمري البغية المقصودة والصالحة المنشودة التي طالما عزت على الطلاب وكانت أبعد من الشرباء على أولى الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على السادة الحنفية بل يهدفه غير الحنفية مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع الذي عظمته به النعمة وكان أعدل شاهد لمن سعى في طبعه بعلاوهمه وصدق القصد في نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت مقاصدهما بناجحه ونجارتهم اراجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

لحق أنصار أقاموا قاعده دين النبي بهم رفيع القاعده
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادره هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم لعرازمهم للشرع أعظم فائده
حاطوا الشريعة بالبراهين التي أضحت بهار يج الضلالة را كده
لا تغتر بروج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسده
أنرى النبي أنى بشرع ناقص والله أكمله بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تغار معانده
أرأيت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفة والسراة الماجده
عملا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبقى لالدار بائده
وقفوا حياتهم على إحياهم للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكافوا معلمه ومضوا فن للعبس يصلح فاسده
تالله ما ماوا وذى آناهم ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آناهم فتح به نلت الهداية بعد اذهى آبه
إن الهداية لهي خير مؤلف في الفقه لينت الصلاب الجامده
وشروحها شرحت ضد رأوى النهى لاسم الفتح الجزيل العائده
فاشكر يد ايجميل طبع ساعدت ما كل كف بالجميل مساعده
واحد إلهك أن هذا مؤرخا فتح القدير به الهداية رائده

٢٧ ٤٥١ ٧ ٢٤٥ ٤٨٨

١٣١٨ هـ

كتبه الفقير اليه سجدانه
طه محمود بالطبعة
الاميريه

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

| صفحة | كتاب القسمة | صفحة |
|---|--|------|
| ٢٢٠ باب الرهن يوضع على يد العدل | ٢ كتاب القسمة | ٢٢٠ |
| ٢٢٤ باب التصرف في الرهن والجنابة عليه الخ | ١٠ فصل فيما يقسم وما لا يقسم | ٢٢٤ |
| ٢٣٨ فصل ومن رهن عصيرا الخ | ١٤ فصل في كيفية القسمة | ٢٣٨ |
| ٢٤٤ كتاب الجنابات | ٢٠ باب دعوى الغلط في القسمة الخ | ٢٤٤ |
| ٢٥٤ باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه | ٢٣ فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما | ٢٥٤ |
| ٢٦٨ فصل ومن شمر على المسلمين سيفا فاعلهم أن يقتلوه | بعبينه | ٢٦٨ |
| ٢٧٠ باب القصاص فيما دون النفس | ٢٧ فصل في المهايأة | ٢٧٠ |
| ٢٨٢ فصل في حكم الفعلين | ٣٢ كتاب المزارعة | ٢٨٢ |
| ٢٩٢ باب الشهادة في القتل | ٤٥ كتاب المساقاة | ٢٩٢ |
| ٢٩٧ باب في اعتبار حالة القتل | ٥٠ كتاب الذبايح | ٢٩٧ |
| ٣٠٠ كتاب الديات | ٦١ فصل فيما يحل كله وما لا يحل | ٣٠٠ |
| ٣٠٧ فصل فيما دون النفس | ٦٥ كتاب الاضحية | ٣٠٧ |
| ٣١١ فصل في الشجاج | ٧٩ كتاب الكراهية | ٣١١ |
| ٣١٥ فصل في الاطراف دون الرأس | ٨٠ فصل في الاكل والشرب | ٣١٥ |
| ٣٢٤ فصل في الجنين | ٩١ فصل في اللبس | ٣٢٤ |
| ٣٣٠ باب ما يحدث الرجل في الطريق | ٩٧ فصل في الوطء والنظر واللمس | ٣٣٠ |
| ٣٤١ فصل في الحائض المائل | ١١٠ فصل في الاستبراء وغيره | ٣٤١ |
| ٣٤٤ باب جنابة البهيمية والجنابة عليها | ١٢٢ فصل في البيع | ٣٤٤ |
| ٣٥٥ باب جنابة المملوك والجنابة عليه | ١٣٠ مسائل متفرقة | ٣٥٥ |
| ٣٦٨ فصل في الجنابة على العبد | ١٣٥ كتاب احياء الموات | ٣٦٨ |
| ٣٧٦ فصل في جنابة المدبر وأم الولد | ١٤٤ فصول في مسائل الشرب | ٣٧٦ |
| ٣٧٨ باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك | ١٤٦ فصل في كرى الانهار | ٣٧٨ |
| ٣٨٣ باب القسامة | ١٥١ كتاب الاشربة | ٣٨٣ |
| ٤٠٢ كتاب المعاقل | ١٦٧ فصل في طبخ العصير | ٤٠٢ |
| ٤١٥ كتاب الوصايا | ١٦٩ كتاب الصيد | ٤١٥ |
| ٤١٧ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه | ١٧١ فصل في الجوارح | ٤١٧ |
| ٤٤١ باب الوصية بثلاث المال | ١٨١ فصل في الرمي | ٤٤١ |
| ٤٦٠ فصل في اعتبار حالة الوصية الخ | ١٨٨ كتاب الرهن | ٤٦٠ |
| | ٢٠٣ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ | |
| | ٢١٦ فصل ومن رهن عبدا الف الخ | |

| صحيفه | صحيفه |
|--------------------------------|--|
| باب الوصي وما عليه ٤٨٩ | باب العتق في مرض الموت ٤٦١ |
| فصل في الشهادة ٥٠١ | فصل ومن أوصى بوصايا بالخ ٤٦٧ |
| كتاب الخنثى * فصل في بيانه ٥٠٤ | باب الوصية للأقارب وغيرهم ٤٧١ |
| فصل في أحكامه ٥٠٥ | باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة ٤٨٠ |
| مسائل شتى ٥١١ | باب وصية الذمي ٤٨٥ |

(تمت)